العقود المسماه

عقد البيع

دكتور نبيل ابراهيم سعد
أستاذ القانون المدنى
كلية الحقوق جامعة الاسكندرية
والمحامى بالنقض

الطبعة الثالثة
مزيدة ومنقحة

٢٠٠٨

دار الجامعة الجديدة
٣٨ ش سوتير الأزاريطة / الاسكندرية
ت: ٤٨٦٨٠٩٩



العقود المسماه
عقد البيع

مقدمة

في هذه المقدمة نعرض باختصار لفكرة العقود المسماة، ثم نبين مصادر القواعد القانونية المنظمة للعقود المسماة، وأخيراً نحدد نطاق الدراسة وخطتها.

أولاً – فكرة العقود المسماة:

يهيمن على فكرة العقود المسماة بعض الأفكار المتقابلة كالمقابلة بين القواعد العامة والقواعد الخاصة، وبين العقود المسماة والعقود غير المسماة هذا التقابل بين الأفكار يثير مشكلة قانونية وفنية هى مشكلة التكييف ولنر ذلك بشيء من التفصيل:

١ـ القواعد العامة والقواعد الخاصة[1]

على مستوى التنظيم القانوني نجد أن قانون العقود المسماة يقع بين النظرية العامة للالتزامات وما يبرمه الأفراد بملء إرادتهم من عقود طبقاً لمبدا الرضائية.

فالنظرية العامة للالتزامات تنظم القواعد العامة الحاكمة لأى عقد من العقود أياً كان مسماه وأيا كان وصفه، ويقوم الأفراد بإبرام ما يشاؤون من عقود في خضم الحياة اليومية لتلبية الحاجات المتجددة دون مراعاة للصيغ او المصطلحات أو التنظيمات القانونية الخاصة.

بعض أنواع من هذه العقود قد خصها المشرع بقواعد خاصة، ولهذا السبب يطلق عليها الفقه الفرنسي غالباً اسم العقود الخاصة، Les contrats spéciaux. هذه العقود الخاصة هى التى ترادف العقود المسماة (Les contrats nommés) حيث إن المشرع قد قام بتنظيمها وإعطائها اسم معين كـ

---

(١) انظر في العلاقة بينهما:

J. Huet. Traité de droit civil. sous la direction de J. Ghestin. Les principaux contrats spéciaux.l G. D. J 1996 no 6 p 10

(عقد البيع، والإيجار، والقرض، والوكالة، والوديعة، والعارية، والتأمين ... الخ)[١] ويتضمن قانون العقود المسماة قواعد قانونية أكثر تفصيلاً وأكثر واقعية بالمقارنة إلى النظرية العامة للعقد. فهذا القانون يبين العناصر الجوهرية المكونة لأى عقد من العقود المسماة. فهو يبين الإطار العام لكل عقد من العقود المسماة مما يسمح للأطراف تشخيصه بسهولة، وكذلك تطويعه للغاية التى يسعون إليها.

وعلى ذلك فالعقد المسمى ليس هو العقد الفردى، فلا يمكن أن يوجد بيعان متطابقات تماماً، إذ سيقوم الطرفان على الأقل في كل عقد بتحديد الشيء المباع والثمن. فالقانون لا يعنى بتحديد محتوى كل عقد وإنما يترك ذلك عادة لإرادة الأفراد.

نخلص من كل ما تقدم أن قانون العقود يشتمل على ثلاث تنظيمات متتابعة تنطلق من العمومية إلى الخصوصية، النظرية العامة للعقد، القواعد الخاصة بالعقود المسماة، والتى تنظم كل عقد على حدة، العقد الفردى الذى يتحدد محتواه بإرادة أطرافه وهذا العقد قد يطابق في عناصره الجوهرية لعقد من العقود المسماة وقد لا يطابق أى منها. وهذا يثير مشكلة العقود غير المسماة بالمقابلة للعقود المسماة. هذا هو موضوع الفقرة التالية.

٢ـ العقود المسماة والعقود غير المسماة[٢]:

قد سبق أن رأينا[٣] أن تقسيم العقود إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة مرتبط بأمرين:

---

(١) F. Collart Dutilleul, ph. Delebecque, contrats civils et commerciaux, 2e ed. Précis Dalloz, 1993,p. no 2 p. 3.

(٢) انظر في التطور التاريخى لفكرة العقود المسماة والعقود غير المسماة:
A. Laingui,Les contats Spéciaux dans l'histoire des obigations, in le droit contemporain des contrats, Trav. et recherches de la faculté des sciences juridiques de Rennes, 1985, Economica,pp. 39 – 47.

(٣) انظر للمؤلف النظرية العام للالتزام، الجزء الأول ١٩٩٥ دار النهضة، بيروت ص ٤٤.

الأول: مبدأ سلطان الإرادة، حيث إن الإرادة حرة في إنشاء ما تريد من عقود وتحديد مضمون هذه العقود، ولا يوجد حدود لذلك سوى عدم مخالفتها للنظام العام أو الأداب.

الثاني: هو انتشار العقد وذيوعه بين الناس، حيث إن حاجات الأفراد المتجددة تؤدى إلى ابتكار الأفراد لأنواع من عقود تلبى الحاجات وذلك لأنه يستحيل على المشرع أن يخضع عقود الأفراد لحصر أو لعد(١). ومن هنا كان لدينا عقود ذائعة ومنتشرة ومستقرة في العمل قام المشرع بتسميتها وتحديد القواعد الخاصة بها(٢)، وعقود أخرى تنشأ استجابة لحاجات الأفراد ليس لها مسمى خاص محدد (وإن كان العمل يطلق بالضرورة عليها اسم معين) ولا قواعد خاصة بها تحكمها.

ولذلك درجت معظم التقنينات المدنية على أن تقرر قسماً خاصاً بالعقود المسماة وذلك بعد أن تتناول في قسمها الأول النظرية العامة للعقد.

ويهدف المشرع من وضع هذه القواعد الخاصة إلى تحقيق عدة أغراض منها:

١- التيسير على المتعاقدين، حيث يكفى أن يتفق أطراف العقد على المسائل الجوهرية حتى ينعقد العقد ويرتب آثاره، أما المسائل التفصيلية فتحكمها القواعد المكملة التى أوردها المشرع في هذا الخصوص، طالما أنه لم يتفقا على استبعاد تطبيقها.

---

(١) انظر:
M. Plainol, classification synthétique des contrats Rev. crit. 1904, p. 470, V° aussi. Traité 2, no 1352
حيث حاول هذا الفقيه تصنيف العقود بصفة عامة، المسماة منها وغير المسماة، في طوائف معينة.

(٢) انظر السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٤ ص ٨، منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدنى، العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، ١٩٥٦ - ١٩٥٧ دار المعارف، فقرة ٢ ص ١،٢، إسماعيل غانم، الوجيز في عقد البيع، ١٩٦٣ ص ٦، سمير تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف ص ١٢ وما بعدها.
A. Bénabent, Droit civiles, Les contrats spéciaux 2e éd 1995 no 4 p. 3.

٢- هذا التنظيم ييسر أيضاً مهمة القاضى في تطبيق القواعد العامة على العقود الخاصة.

٣- هذا التنظيم يتضمن القواعد الخاصة التى يتميز بها العقد المسمى عن غيره من العقود ويخرج بها عن القواعد العامة وذلك تحقيقاً لمصالح وجدها المشرع جديرة بالرعاية.

٤- قد يهدف المشرع من وضع هذا التنظيم الخاص لبعض العقود إلى تطوير هذه العقود في سبيل تحقيق غايات معينة تتعلق بالسياسة التشريعية أو تمليها اعتبارات النظام العام الاقتصادى أو الاجتماعى، كما هو الشأن في تنظيم عقد التأمين، وعقد إيجار الأماكن.

وقد اعتمد المشرع المصرى في تبويبه للعقود المسماة الموضوع الذى يرد عليه العقد، ولذلك فهى تنقسم من هذه الناحية إلى:

١- عقود ترد على الملكية، وهى البيع، المقايضة، الهبة، الشركة، القرض، الصلح.

٢- عقود ترد على الانتفاع بالشىء، وهى الإيجار، العارية.

٣- عقود ترد على العمل، وهى المقاولة، التزام المرافق العامة، عقد العمل، الوكالة، الوديعة، الحراسة.

٤- عقود احتمالية (عقود الغرر) ترد على موضوع غير محقق، وهى المقامرة، الرهان، عقد الإيراد المرتب لمدى الحياة، عقد التأمين.

٥- عقود التأمينات الشخصية والعينية، وتشكل الكفالة وهى من عقود التأمينات الشخصية (أفرد لها الباب الخامس) والرهن الرسمى (الباب الأول من الكتاب الرابع) والرهن الحيازى (الباب الثالث من الكتاب الرابع) وهما من عقود التأمينات العينية[١].

---

(١) وقد سار المشرع الأردنى على نفس هذا المنهج فكرس الكتاب الأول للحقوق الشخصية، وأفرد الفصل الأول من الباب الأول لنظرية العقد (م ٨٧ ـ ٢٥٥)، ثم=

وعلى ذلك يعتبر عقد البيع من أهم العقود المسماة الواردة على الملكية. ويعتبر عقد الإيجار من أهم العقود الواردة على الانتفاع في الشيء.

وتتجلى أهمية التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في عملية التكييف. وهذا هو موضوع الفقرة التالية.

٣- التكييف:

سبق أن بينا أن المقابلة بين القواعد العامة والقواعد الخاصة، والعقود المسماة والعقود غير المسماة تثير مشكلة فنية وقانونية هى مشكلة التكييف. فمشكلة التكييف تعنى بتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد الذى أبرمه الأطراف إلى جانب النظرية العامة للعقد[1].

أ – التكييف والتفسير:

فالتكييف مسألة تثار دائماً عند تطبيق أى قاعدة قانونية. ويرجع ذلك إلى أن القانون يتكون من مجموعة محدودة من القواعد بينما وقائع الحياة متنوعة وغير محدودة. فعند تطبيق القانون على الواقع فإن ذلك يستلزم دائماً

=تكلم في الكتاب الثانى عن العقود، وانتهج في تقسيمها أيضاً نفس نهج المشرع المصرى فقسمها إلى عقود تمليك (الباب الأول)، عقود المنفعة (الباب الثانى)، وعقود العمل (الباب الثالث)، وعقود الغرر (الباب الرابع)، وعقود التوثيقات الشخصية (الباب الخامس) وتعرض فيه للكفالة والحوالة.
وانظر في تصنيف مشابه

J. Huet, op. cit, no 13 p 23, A Bénabent, op. cit, no 10 p. 10.
وانظر في الجدول المتضمن لمجموعات العقود

A. Bénabent, op. cit, no 8 p. 5. P. 8, 9.

(١) قد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى يورد نصاً خاصاً بهذا الحكم هو نص المادة ١٢٧ والذى ينص على أن "١- تسرى على العقود المسماة منها وغير المسماة، القواعد العامة التى يشتمل عليها هذا الفصل" "٢- أما القواعد التى ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة في الفصول المعقودة لها. وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية" وقد حذف هذا النص لعدم الحاجة إليه.
وتنص المادة ١٧٥/ ٢ موجبات وعقود لبنانى على أن "تطبق القواعد المقررة في القسم الأول من هذا القانون على العقود المسماة وغير المسماة". وتنص المادة ١٧٥/ ٣ على أن "القواعد المذكورة في القسم الثانى فلا تطبق على العقود غير المسماة إلا من قبيل القياس وبالنظر إلى التناسب بينها وبين العقود المسماة المعينة".

تكييف هذا الواقع، بمعنى تحديد الطائفة القانونية التى ينتمى إليها هذا الواقع تمهيداً لتطبيق القواعد القانونية التى تحكم هذه الطائفة عليه.

ففى مجال العقود مثلاً نجد أنه على المستوى التنظيمى يوجد لدينا القواعد العامة في نظرية الالتزامات، والقواعد الخاصة في قانون العقود المسماة. أما على المستوى العملى نجد أن الأفراد يبرمون ما يشاؤون من عقود وفقاً لما يلبى حاجاتهم ورغباتهم دون مراعاة للصيغ أو المصطلحات أو التنظيمات القانونية الخاصة. والأصل أن هذه الاتفاقات تبرم وتنفذ دون أن تثير مشاكل ما. أما عندما يثور الخلاف حول تنفيذ هذا الاتفاق المبرم بين الأطراف ويطرح الأمر على القضاء فإنه يجب على القاضى أن يقوم بصفة أولية بعملية قانونية وفنية تتمثل في توصيف وتصنيف الاتفاق وفقاً لنماذج العقود الواردة في قانون العقود المسماة[١] فإذا ما تطابقت العناصر الجوهرية للاتفاق الفردى مع أحد النماذج فإن العقد يكون من العقود المسماة ويطبق القاضى عليه القواعد القانونية المنظمة لهذا العقد إلى جانب القواعد العامة. أما إذا لم يطابق هذا الاتفاق لأى من النماذج الواردة في قانون العقود المسماة فإن العقد يكون من العقود غير المسماة ويحاول القاضى جاهداً البحث عن القواعد الملائمة في النظرية العامة للالتزامات أو في أقرب عقد مسمى لهذا الاتفاق ليطبق عليه ما يناسبه من القواعد الخاصة بهذا العقد.

ويقوم القاضى بعملية تكييف العقد المطروح أمامه دون التقيد بالوصف الذى أعطاه له المتعاقدان[٢].

---

(١) قد يتم توصيف وتصنيف هذه النماذج طبقاً لإرادة الطرفين، أو لصفتهما، أو لموضوع العقد، أو لموضوع الأداء المميز للعقد انظر في تفصيل ذلك

F. Collart Dutilleul, Ph. Delecque, op. cit, nos 26, 27 p. 25; nos 28, 29 p. 26 – 27.

(٢) نقض ١٩٨٦/١٢/١٧ مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفنى، جـ ١ س ٣٧ ص ٢١٥، وقد قضت محكمة النقض بأن "المناط في تكييف العقود هو بما عناه العاقدون منها ولا يعتد بما أطلقوه عليها من أوصاف أو ما ضمنوها من عبارات إذا تبين أن هذه الأوصاف والعبارات تخالف حقيقة التعاقد وما قصده العاقدون" ١٩٨٦/١١/٢٧ نفس المجموعة، جـ ٢ س ٣٧ ص ٩١١.

على ذلك فإن التكييف يفترض القيام بعمليتين متتاليتين:

الأولى: يحدد بطريقة مجردة العناصر القانونية المميزة لنموذج معين من العقود، كأن يبحث ما يميز عقد البيع مثلاً فيجد ضرورة توافر عنصر الثمن ونقل الملكية، في عقد العمل عنصر التبعية، في الهبة نية التبرع ... الخ.

الثانية: يبحث في العقد الفردى الذى أبرمه الأطراف عن العناصر الواقعية التى تقابل هذه العناصر القانونية المميزة للعقد المسمى(١) ولذلك يعتبر التكييف عملية قانونية يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض(٢).

في بعض الأحيان يلزم للقيام بتكييف عقد من العقود أن يقوم القاضى أولاً بتفسيره، وذلك بالبحث فيما اتجهت إليه في الواقع إرادة المتعاقدين للمقابلة بينها وبين الوصف القانونى الذى أعطاه المشرع لعقد من العقود. ولمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير العقود والشروط المختلف عليها بما تراه أوفى بمقصود المتعاقدين واستخلاص ما يمكن استخلاصه(٣) متى كان تفسيرها ما تحتمله عباراتها، مع عدم تقيدها بما تفيده عبارة معينة بل بما يفيده العقد في جملته(٤) كل ذلك دون رقابة من محكمة النقض(٥).

ب ـ كيف تعرض مشكلة التكييف؟

سبق أن رأينا أن التكييف يعتبر مسألة أولية ضرورية لتطبيق أى قاعدة قانونية، سواء كانت هذه القاعدة آمرة ـ حيث إنه لا سلطان لإرادة الأفراد

---

(١) انظر:
F. Collart Dutilleul,ph. Delebecque, op. cit, où il parle de certains critères, Critére sociologique, critère économique,le plus précis reste le critère juridique.

(٢) نقض ١٩٨٦/١٢/١٧ السابق الإشارة إليه.

(٣) نقض ١٩٨٦/١/٢ مجموعة أحكام النقض، جـ ١ س ٣٧ ص ٩٠.

(٤) نقض ١٩٨٦/٢/١٧ مجموعة أحكام النقض جـ ١ س ٣٧ ص ٢١١.
نقض ١٩٩٢/٦/٨ الطعن رقم ٤٣٢ لسنة ٥٧ق، المحاماة، أغسطس ١٩٩٤ القاعدة ١٠٠ ص ١٦٦.

(٥) نقض ١٩٨٦/١١/١٢ المجموعة السابقة س ٣٧ ص ٣٨٦، ١٩٨٦/١١/٢٧ ص ٨٩٦

حيالها – أو قاعدة مكملة أو مفسرة – في حالة عدم الاتفاق على خلافها أو استبعادها. وفي غالب الأحوال يتم بسهولة عندما يتضمن الاتفاق العناصر الجوهرية التي تقابل العناصر القانونية المميزة لعقد من العقود المسماة. فمثلاً الاتفاق الذي يتضمن نقل ملكية عقار معين في مقابل ثمن معين فإنه يقابل بطبيعة الحال عقد بيع عقار.

لكن قد تتعقد الأمور ويجد القاضي أمامه عقداً مركباً أو مجموع من العقود أو سلسلة من العقود أو عقداً مشتركاً أو تعاقد من الباطن.فماذا يكون الموقف إذن؟

فقد أصبح من المألوف حالياً أنه في نفس العلاقة العقدية يتراكب عقدان مختلفان. ولذلك فإن الفقه الحديث يفرق في هذه الحالة بين ما إذا كان هذا التراكب يُكوّن كلاً واحداً أم لا(١)؟ فإذا كان يشكل كلاً واحداً فالأمر يتعلق إذن بعقد مركب Contrat complex، أما إذا كان غير ذلك فإن الأمر يتعلق بمجموع أو بسلسلة من العقود Groupes ou chaînes de contrats علاوة على ذلك فإن تنفيذ عقد معين قد يستدعى في الغالب تدخل أكثر من شخص، ونصادف ذلك في العقد المشترك أو التعاقد من الباطن.

في العقد المركب: كما سبق أن رأينا يتداخل أكثر من عقد في علاقة عقدية واحدة، بحيث يكون هذا المجموع كلاً واحداً، أي وحدة متجانسة. ويتمثل العقد المركب في أحد نموذجين: إما يتعلق الأمر بـ "عقد حدودى" "Contrat frontière" لأنه يقع على الحدود بين عقدين، بحيث يتضمن عقدين مسميين مختلين، مثال ذلك بيع العلف الأخضر للماشية فهو قريب من عقد البيع وعقد الإيجار بالزراعة(٢). إما يتعلق الأمر بمزيج من عدة عقود مسماة أو غير مسماة

---

(١) Ph. Malaurie, L.Aynès, Droit civil,les contrats spéciaux éd. 1995/ 1996, cujas no 8 p. 19 et S.

(٢) المعيار الفاصل في هذه الحالة يكمن فيما إذا كان المتلقى للمحصول لم يستمر في الاستغلال ولم يستعمل الأرض إلا الوقت اللازم لجنى المحصول فإن الأمر يتعلق ببيع وإذا كان العكس فالأمر يتعلق بإيجاز انظر:
Civ. 3, 11 Juin 1986, Rev. Trim. Dr. civ. 87. III 2e esp. note critique Ph. Remy., *cité par ph. Malaurie,L. Aynés, op. cit, note 67, p. 67.*

مثل ذلك الهبة مع التكليف (فهى مزيج من البيع والهبة)، القسمة بمعدل (مزيج من البيع والقسمة)، البيع الإيجارى (مزيج من البيع والإيجار) عقد بيع عقار تحت الإنشاء (مزيج من البيع والمقاولة)، عقد الفندقة (مزيج من الإيجار وذلك بالنسبة للغرفة، وعقد العمل وذلك بالنسبة لعمال الخدمة).

ويمكن أن يكون المزيج بين ثلاث عقود مختلفة، فالسفر بالسكة الحديد بعربة النوم يعتبر في نفس الوقت عقد نقل وعقد فندقة وعقد عمل.

وتظهر أهمية التكييف في هذه الحالة إذا كانت القواعد الخاصة بالعقود المندمجة مختلفة وأن نظامها القانونى متعارض.

ففى القسمة بمعدل نجد أن القواعد الخاصة بعقد القسمة مختلفة تماماً عن القواعد الخاصة بعقد البيع ولذلك في هذه الحالة يجب أن يحدد القاضى فيما إذا كان العقد عقد قسمة أو عقد بيع. وبالمثل في حالة الوعد بالبيع مع اشتراط التعويض عن عدم التصرف في الشىء خلال فترة الوعد نجد أن هناك تنازع بين القواعد الواجبة التطبيق والخاصة بكل عقد من هذه العقود الخاصة المكونة للعقد المركب لأن هذا العقد على الحدود بين العقد الملزم لجانب واحد والعقد الملزم للجانبين.

- **بالنسبة للمجموعة من العقود**[1] **وسلسلة العقود**: نجد في المجموعة من العقود أن عدة عقود مختلفة اشتركت في تحقيق مشروع واحد ولكن دون أن تشكل – من حيث المبدأ – عقداً واحداً. فالأمر يتعلق بتناسق لا باتحاد. فمثلاً شخص يبرم عقد قرض من أجل شراء شىء معين، أو أن شخص يقوم بالاقتراض ومن أجل ذلك يبرم عقد تأمين على الحياة، أو أن يقوم بشراء سيارة جديدة في مقابل أخذ سيارته المستعملة. في هذه الحالة لا توجد صعوبة في التكييف، لكن التساؤل الذى يطرح نفسه هو معرفة ما إذا كان هناك انقسام أو

(١) انظر في ذلك:
B. Teyssié. Les groups de contrats. Thèse Montpellier, L. G. D. J, 1975, Préf. J. M. Musseron.

عدم قابلية للانقسام بين هذه العقود المشتركة؟ المبدأ هو أن كل عقد من هذه العقود مستقل عن الآخر ما لم يرد نص تشريعى على خلافه (بصفة خاصة التشريعات الحمائية للمستهلكين) [١] أو الإتفاق الذى يؤدى إلى الربط بين هذه العقود.

ـ وقد يأخذ المجموع من العقود شكل سلسلة من العقود. وهذا الشكل الأخير شائع في المجال التجارى بأن تكون هناك روابط عقدية متتابعة وذات موضوع مشترك يربط بين عدة أشخاص. فمثلاً البيع التجارى ليس إلا حلقة في سلسلة تداول السلع: فقد يسبقه أو يتبعه بيوع أخرى، فالبائع يحصل على الشيء المبيع من تاجر الجملة وهذا الأخير هو الآخر قد حصل عليه إما من تاجر آخر أو من المنتج مباشرة، وبالمثل نجد أن المشترى يعيد بيعه إلى متصرف إليه آخر وهكذا دواليك. والسؤال الذى يطرح نفسه يتعلق بمدى انقسام هذه العلاقات المتوالية. وأهمية هذا السؤال تتجلى في معرفة انعكاس فسخ أحد هذه البيوع على مجموع الروابط التجارية المتوالية.

ومما تجدر ملاحظته أن مشكلة تكييف المجموع من العقود لا تتعلق فقط بسلسلة البيوع، وإنما هذه الأخيرة هى التى جذبت الانتباه. فهذه المشكلة تخص النظرية العامة للعقد.

في فرنسا قد سادت خلال الخمس عشرة سنة الأخيرة فكرة مؤداها أن المجموع من العقود يسمح بالضرورة اعتبار المسئولية التى تربط بين أعضاء المجموعة مسئولية عقدية بالرغم من عدم تعامل أحدهم مع الآخر. وهذا ما أعلنته في شكل مبدأ عام الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية[٢] لكن الجمعية العامة لمحكمة النقض بكامل هيئتها أوقفت هذا التطور [٣]. لكن نطاق

---

(١) انظر في تفصيل، نبيل سعد، نحو قانون خاص بالائتمان منشأة المعارف ١٩٩١ ص ١٣١ وما بعدها. وبصفة خاصة ص ١٣٥، ١٣٦.

(٢) انظر: Ph. Malaurie,L. Aynès, op. cit, no p. 20.

(٣) انظر:
Assemblé plénèire, 12 Juil. 1991, Besse,B. A. P. no 5; J. C. P. 91. II. 21743, note G. Viney; rev trim Civ 91. 750 note p. Jourdain, cité par ph.Malaurie,L. Aynès. no 9 p. 20 note 29.

هذا القضاء الجديد يعتبر غير مؤكد بالنسبة لسلسة العقود المتضمنة عقداً ناقلاً Un contrat transtatif لأن الصفة العقدية لدعوى الضمان سترتكز على الانتقال الضمني لها. ولذلك يجب أن تحتفظ هذه الدعوى بصفتها العقدية[1].

- **العقود المشتركة** Cocontrats، **والتعاقد من الباطن** Sous –contrat:

يجب ابتداءً التمييز بين العقود المشتركة والتعاقد من الباطن من ناحية والسلسلة من العقود من ناحية أخرى. ففى العقود المشتركة والتعاقد من الباطن يتدخل أكثر من شخص للمساهمة في نفس العقد فالأمر هنا لا يتعلق بتعدد العقود كما هو الحال بالنسبة لسلسلة العقود.

فبالنسبة للعقد المشترك نجد أن هناك أكثر من شخص يلتزمون بتنفيذ نفس العقد على قدم المساواة. فهنا نجد عدة مساهمين من أجل محل واحد. مثل ذلك أن يلتزم أكثر من مقاول بتنفيذ نفس العمل (مطار مثلاً) على قدم المساواة، فكل منهم قد ارتبط مباشرة مع صاحب العمل. بطبيعة الحال ليس هناك ما يمنع أن يكون هناك ممثل لهم في العلاقة مع صاحب العمل يسمى عادة (Entreprise pilote).

بالنسبة للتعاقد من الباطن فإنه اتفاق يحل بمقتضاه شخص معين محل أحد أطراف عقد رئيسي أو أساسي في تنفيذ هذا العقد الأخير. مثل ذلك الوكالة من الباطن، الإيجار من الباطن، المقاولة من الباطن. فمثلاً في هذا العقد الأخير نجد أن المقاول الأصلي يلجأ إلى مقاول آخر ليحل محله، كلياً أو جزئياً، في تنفيذ العمل الموكول إليه، بشرط ألا يكون شخصه محل اعتبار لدى صاحب العمل بطبيعة الحال.

---

(١) انظر:

Civ. 3, 30 oct, 1991 Bul. III, no 251; "Le maître de l'ouvrage" dispose contre le fabricant d'une action contractuelle directe, laquelle est fondé sur le contrat de vente conclu entre ce fabricant et le vendeur intermédiaire.

- بصدد المجموع من العقود نجد أن التكييف يكون توزيعياً حيث إنه يوجد عدة عقود مختلفة، بمعنى أن يقوم القاضى بتكييف كل عقد على حدة. ومع ذلك هناك بعض المراكز التعاقدية التى تثير صعوبة في التكييف، مثل ذلك البيع الإيجارى، أو بيع شيء معين تحت التصنيع أو التشييد، أو الهبة مع التكليف، إذ في كل هذه الصور يمكن أن نتردد بين عدة طرق، حيث إن الأمر يتوقف على معرفة ما إذا كان العقد (عقداً مركبا) أى عقداً واحداً أم أن الأمر يتعلق بمجموعة من العقود المتميزة.

جـ - كيف تواجه مشكلة التكييف؟

تبدأ عملية التكييف باتفاق معين أبرمه الأطراف وثار بصدده نزاع وعرض على القضاء. القاضى عندما يقوم بالتكييف، وهو من المسائل القانونية، لا يلتزم بطبيعة الحال بالوصف الذى أعطاه المتعاقدان لاتفاقهم. ولكن يبدأ القاضى بالنظر إلى العملية القانونية والغرض الذى يهدف إليه المتعاقدان من ورائها. ثم يطابق ذلك مع أحد النماذج الواردة في قانون العقود المسماة، فإذا كان هناك تطابق بين اتفاق الأطراف وهذا الأنموذج طبق القاضى الأحكام الخاصة بهذا العقد المسمى.

والقاضى يستهدى بطبيعة الحال بالالتزام المميز للاتفاق المبرم. لكن يجب أن يتحرز القاضى في هذا الصدد. فمثلاً يجب ألا يأخذ في عين الاعتبار فقط الالتزام النقدى، لأنه بطبيعته ليس له دلالة خاصة، فهناك كثير من العقود (البيع، الإيجار، التأمين، عقد النقل ... الخ) يلتزم فيها أحد الأطراف بدفع مبلغ من النقود. لذلك فإن النقود أو الطابع النقدى لالتزام أحد الأطراف لا تكفى للتمييز بين هذه العقود. مع ذلك فإن الالتزام النقدى يمكن أن يلعب دوراً في التكييف بطريقة سلبية وأولية، وذلك عندما يتعلق بعنصر أساسى أو جوهرى لوجود عقد معين، فمثلاً لا يوجد بيع دون ثمن.

وعلى ضوء الصور السابق عرضها فإن القاضى قد يصل إلى أحد حلول أربعة:

١- إما تكييف حصرى، وذلك عندما يتعلق الأمر بعقد مركب.

٢- تكييف توزيعى، وذلك عندما يتعلق الأمر بمجموعة من العقود.

٣- تكييف غير دقيق.

٤- أو يرفض إعطاء تكييف للاتفاق(١).

(١) **التكييف الحصرى** Qualification exclusive:

عندما يتعلق الأمر بعقد مركب فإنه لا يكون له إلا طبيعة واحدة، ولذلك يكون التكييف حصرياً. وفى هذه الحالة القاضى قد يستمد طبيعته القانونية من مكوناته الرئيسية، أو قد يعطيه، وهذا نادراً، طبيعة جديدة مختلفة عن مكوناته:

- فقد يلجأ القاضى إلى فكرة الأصل والفرع Principal et Accessoire. فالعقد المركب له بصفة عامة نفس الطبيعة التى لعنصره الأساسى. القاضى يطبق هنا إذاً قاعدة الفرع يتبع الأصل Accessorium sequiter principale (l'accessoire Suit le principal فمثلاً إذا كان العقد يمزج بين البيع والإيجار وكان يشكل بصفة أساسية بيع فإن القاضى سيخضعه كلية لنظام عقد البيع بالرغم مما اصطبغ به من إيجار(٢) وكذلك الحال بالنسبة

---

(١) انظر في تفصيل ذلك:

Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit, no 11 et S.P. 21 et s.F. Collart Dutilleul,Ph. Delebecque, op. cit, no 25 p. 24; V° aussi X. Henry, La technique des qualifications contractuells thèse,Nancy 1992, cité par F. collart Dutilleul, ph. Delebecque, note 2 p. 24.

(٢) هناك مثال عملى من القانون الفرنسى فمثلا نجد أن قانون ٣ يناير ١٩٦٧ والخاص ببيع العقارات تحت التشييد لا يتضمن قواعد آمرة إلا بالنسبة للقطاع المراد حمايته، كالعقارات المخصصة للسكنى، أو المخصصة للاستعمال المهنى والسكنى (المادة ل ٢٦١/ ١٠ من تقنين البناء والإسكان) فقد عرض على القضاء الفرنسى عقد بيع عقار تحت التشييد خاص ببناء محطة بنزين (وهذا مكان تجارى) وسكن لعمال المحطة، قضت محكمة النقض الفرنسية بتأييد حكم قاضى الموضوع الذى قرر أن السكن ليس إلا فرع يتبع المكان التجارى وبالتالى البيع في مجموعه لا يخضع لقانون ١٩٦٧.

Civ. 3, 15 fév, 1978, Bull,III, no 84; J. C. P.79, II. 19090, note. S. Galle.

للقسمة بمعدل فإن الأمر يتوقف على أهمية وطبيعة المعدل للبت فيما إذا كان بيعاً أو قسمة[1]. ويصدق الأمر بالنسبة لعقد نقل الأثاث Le contrat de déménagement الذى يتضمن في نفس الوقت عقد نقل وعقد مقاولة، فالفيصل في ذلك الأهمية النسبية المتبادلة لكل من عملية النقل، وعملية حزم الأثاث وتنزيله وشحنه، أى العمل الذى يمثل عقد مقاولة.

- قد يضطر القاضى إلى إضفاء طبيعة جديدة على العقد المركب خاصة إذا كان هذا العقد له طبيعة مختلفة عن طبيعة مكوناته. فالقاضى هنا يكف عن البحث عن العنصر الرئيسى في العقد حيث بدا أمامه من هذا المركب عقد جديد. فمثلاً في أوائل الستينات ظهر عقد الليسنج Leasing في أوربا[2]. وهذا العقد في حقيقته عملية تمويلية ولكنه يتم بوسائل قانونية تقليدية حيث إنه يستمد خصائصه من عدة صيغ تعاقدية تتعاصر وتتداخل لتكون عقداً آخر مختلفاً عن مفردات هذه الصيغة الجمعية[3] وظهر هذا العقد كعقد غير مسمى ذا طبيعة خاصة ثم بعد ذلك أعطى اسم Crédit – bail وخص بنظام قانونى خاص به.

(٢) التكييف التوزيعى[4] Qualification distributive:

هذا النوع من التكييف يكشف عن مدى نسبية قانون العقود المسماة. هذا التوزيع يمكن أن يتم بإحدى طريقتين: إما أن يخضع كل عنصر من عناصر

---

(١) انظر نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية ١٩٩٥، ص ٢٠٧، ٢٠٨.

(٢) انظر:

M. Giavanoli, le crédit – bail (leasing) en Europe; développement et nature juridique, Thése. Lausanne, Litec 1980, Pref.J. Hémard.

(٣) انظر نبيل سعد الضمانات غير المسماة، منشأة المعارف ١٩٩٠ (حائز على جائزة الدولة التشجيعية ١٩٩٣) ص ٢١٧ وما بعدها.

(٤) Ph. Malaurie, L. Aynés, op. cit, no 14, p. 22.

العقد في نفس الوقت لقاعدة قانونية مختلفة[١]. وهذه التجزئة للعقد تفترض أنها قد تمت بناء على إرادة الأطراف أو نص القانون. وإما أن يخضع العقد على سبيل التتابع لقاعدة قانونية مختلفة وخاصة إذا كانت طبيعة العقد تتغير أثناء التنفيذ. مثال ذلك في بيع عقار تحت التشييد نجد أن العقد يتبع لعقد المقاولة طالما أن التشييد لم يتم بعد، ثم يتبع البيع بعد ذلك[٢].

ومما تجدر ملاحظته في هذا الصدد أن التكييف لا يمكن بحال أن يكون جمعياً Cumulative. بمعنى أن عقد معين لا يمكن أن يكون بصدد نفس القاعدة القانونية عقد بيع وعقد هبة في نفس الوقت. لكن من الممكن أن يخضع لنوع معين من العقود بصدد بعض القواعد (مثال ذلك عقد بيع بصدد القواعد الشكلية) ويكون في نفس الوقت نوع آخر من العقود بصدد قواعد أخرى (بأن يكون عقد هبة بصدد القواعد الموضوعية) وهذا ما نصادفه في الهبة المستترة.

(٣) التكييف غير الدقيق Qualification inexacet:

يجب أن يترجم التكييف القصد المشترك للمتعاقدين. فحتى يستطيع القاضي أن يكيف عقد بعينه، يجب أن يستخلص من إرادة المتعاقدين حقيقة الغرض المقصود من التعاقد، والغرض الذى يجب التعرف عليه هو الغرض العملي الذى يستخلص من مجموع ظروف التعاقد[٣] لكن هذا التكييف قد يكون في بعض الأحيان غير دقيق، إما بفعل المتعاقدين (وفى هذه الحالة يجب تقويمه)، وإما بفعل القاضى، أو بفعل المشرع.

---

(١) مثال ذلك العقد الذى يمزج بين البيع والمقاولة، فالبائع يلتزم بتسلم الشيء المبيع (بيع) ويقوم بتنفيذ عمل معين لحساب المتصرف إليه (مقاولة) كشخص يشترى قطعة قماش صوف ويلتزم البائع في نفس الوقت بتفصيلها حلة له. في هذه الحالة التزامات البائع تخضع لأحكام عقد البيع، والتزامات المقاول أو الصانع – البائع تخضع لأحكام عقد المقاولة.

(٢) انظر: Ph. Malaurie, L. Aynés,op. cit, no 77 p. 65 et notam, note 51.

(٣) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٦.

في الغالب يعطى الأطراف وصف غير دقيق لعقدهم، حيث إن الاسم المستعمل لا يترجم في الواقع اقتصاديات العقد المبرم. هذا التكييف غير الدقيق قد يرجع في بعض الأحيان إلى الجهل بحقائق الأشياء، وفى أحيان أخرى قد يكون عمدياً، حيث يريد الأطراف التحايل على قاعدة قانونية آمرة، وبصفة خاصة القواعد الضريبية. ففى فرنسا من أجل الإفلات من الضرائب المقررة في حالة الهبة يقوم الأطراف بستر عقد الهبة بعقد بيع. وقد يتواطأ الطرفان على إبرام عقد بيع تحت ستار عقد هبة لمنع الشفيع من المطالبة بالشفعة. في كل هذه الحالات يعتبر التكييف تدليسياً، قصد به التحايل على القانون، لذلك فإن المحاكم لا تتقيد بهذا الوصف الذى أعطاه الأطراف لاتفاقهم وتستطيع دائماً أن تعطى التكييف الصحيح للاتفاقات التى تعرض عليها.

ولكن يجب التفرقة في هذا الصدد بين الحالتين: حيث إنه في الحالة الأولى عندما يعطى المتعاقدان وصفاً للعقد لا يتفق مع حقيقته نتيجة جهل أو غلط فإن الأمر يتعلق بتكييف غير صحيح للعقد وفى هذه الحالة يجب على القاضي إعطاء العقد الوصف الصحيح بغض النظر عن موقف الخصوم، وذلك لأن التكييف يعتبر مسألة قانونية ينبغى على القاضى التصدى لها من تلقاء نفسه.

أما في الحالة الثانية والتى يعطى فيها المتعاقدان عمداً وصف لعقدهم بقصد التحايل على القانون، فإذا كان هذا التحايل يشكل صورية ، بأن يكون هناك عقدان عقداً حقيقياً وعقداً ظاهراً فموقف القاضى في هذا الحالة سيختلف إذ لا يجوز له أن يحكم بالصورية إلا إذا تمسك بها صاحب المصلحة في العقد الحقيقى وبعد أن يكون قد أثبت وجود هذا العقد. ويترتب على ذلك أن الطعن بالصورية لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض، بينما يخضع تكييف القاضى للعقد لرقابة هذه المحكمة[1].

(١) انظر إسماعيل غانم، الوجيز في عقد البيع، ص ١١، ١٢، سمير تناغو، المرجع السابق، ص ١٢ وما بعدها.

- في بعض الأحيان قد يعطى القاضى للعقد وصفاً غير دقيق بالرغم من عدم فائدة ذلك.

فقد جرى القضاء الفرنسى لزمن طويل على إعطاء عقد الخزينة Le contrat de coffre – fort وصف عقد الإيجار[١] بدون فائدة، ثم عدل بعد ذلك عن هذا الوصف وتم إعطاؤه وصف عقد الحراسة[٢] Contrat de garde وفى بعض الأحيان يعطى القضاء للعقد وصف غير دقيق من أجل إخضاعه لنظام قانونى معين. وبذلك يكون النظام القانونى للعقد مختلف عن طبيعته القانونية. مثال ذلك العقد المبرم مع وكالة السفر Le contrat d'agence de voyage فقد وصفه القضاء في بعض الأحيان بأنه عقد مقاولة[٣] وفى أحيان أخرى وصفه بأنه وكالة[٤] أو حتى عقد نقل[٥]. الالتزامات في كل هذه الحالات ليست نفس الشيء، لكن مهما كان التكييف فإن النتيجة واحدة بالنسبة لمسئولية وكالة السفر.

قد يعطى القاضى للعقد وصفاً تقريبياً أو متردداً. ويحدث ذلك بصفة خاصة عندما يغير الأطراف العنصر الرئيسى للعقد المسمى. مثال ذلك بصدد العارية وهى بحسب الأصل من عقود التبرع، فعندما يحدث تغيير للصفة المجانية لسبب أو لآخر فإن المحاكم تكيفه في بعض الأحيان بعقد العارية بالرغم من أن نظامه القانونى قد تحور قليلاً، وفى أحيان أخرى تعتبره المحاكم عقد غير مسمى قريب من العارية[٦] وبالمثل بالنسبة لعقد النقل (وهو بطبيعته من عقود المعاوضة) وذلك عندما يتم على وجه التفضل أو المصلحة بالرغم من أن ذلك لا يصل لدرجة المقابل، وبالنسبة لعقد الإيجار (حيث الأجرة النقدية

---

(١) Ph. Malaurie,L. Aynès, op. cit, no 17 p. 24.
(٢) Ibid, no 868 p. 485.
(٣) Civ. 1, 31 mai 1978, B. I, no 210, D. 79. 48 note Faulon – liganiol.
(٤) Civ. 1,5 Janv. 1961 aff du taxi de Rio, Bull.I, no 7, D. 61. 340.
(٥) Paris, 12 déc 1952, J. C. P. 53. II. 7650, note. De Juglart
وانظر بصفة عامة في هذا الموضوع:
Ph. Malaurie,L. Aynés, op. cit, no 17,p. 24.
(٦) انظر: Ph. Malaurie, L. Aynés, op. cit, no 17, p. 24.

عنصر أساسى) عندما يتم بمقابل عينى.

- المشرع نفسه قد لايعطى وصفاً دقيقاً لعقد من العقود. عدم الدقة قد تكون بدون فائدة وقد يكون عن قصد. فمثلاً في فرنسا اعتبر المشرع اتفاق المساعدة الزراعية المتبادلة La convention d'entraide agricole من عقود التبرع (قانون ٨ أغسطس ١٩٦٢ المادة ٢٠) وهذا غير دقيق بطبيعة الحال لأنه في هذا الاتفاق توجد التزامات متقابلة ولا توجد نية التبرع. وإنما اكتفى المشرع بتخلف المقابل النقدى أو العينى ليعتبره كذلك[١] وقد تعمد المشرع أن يعطى عقد بيع عقار تحت التشييد صفة عقد البيع بالرغم من أن القواعد التى تحكمه تمزج بين نظام عقد البيع ونظام عقد المقاولة (قانون ٣ يناير، ٧ يوليو ١٩٦٧)[٢].

٤- رفض التكييف: العقد ذو الطبيعة الخاصة Contrat sui generis:

في بعض الأحيان نجد أن خصوصية عقد ما لا تمنع فقط تصنيفه ضمن أى من العقود المسماة وإنما أيضاً تمنع خضوعه تماماً لأى من أنظمة العقود الخاصة. وهذا ما نسميه في بعض الأحيان بالعقد ذو الطبيعة الخاصة لكن يجب ألا يتم اللجوء إلى رفض التكييف إلا على سبيل الاحتياط، عندما يستحيل فعلاً إدخال العقد في أى من الطوائف الموجودة من قبل.

وعلى ذلك فإن فكرة العقد ذو الطبيعة الخاصة لها معنى سلبى، بمعنى أن هذا العقد ليس من العقود المسماة. وهذه الفكرة تلعب دوراً سلبياً أيضاً حيث أنها تجعل اتفاق يفلت من النظام القانونى لأحد العقود المسماة، وبصفة خاصة إذا كان هذا النظام له طابع آمر[٣].

---

(١) Ibid. no 18 p. 24

(٢) Ibid. no 18 p. 24 et no 77 p. 65.

(٣) انظر في تفصيل أكثر: Ph. Malaurie,L. Aynes. op. cit. no 19 p. 25

ثانياً – مصادر القواعد القانونية المنظمة للعقود المسماة:

مصادر القواعد القانونية المنظمة للعقود المسماة لا تقف فحسب عند التشريع وإنما تمتد لتشمل أيضاً ما جرى عليه العمل في التعاقد.

١ـ التشريع:

في هذا الصدد الأمر لا يقف عند التشريع بالمعنى الفنى وإنما يمتد ليشمل اللوائح وأيضاً ما تصدره بعض السلطات الإدارية المستقلة كمظهر جديد لتدخل الدولة في مجال العقود في الدول المتقدمة.

أ – التشريعات واللوائح:

إن الأهمية النسبية للطابع الآمر أو المكمل أو التفسيرى للقواعد القانونية الخاصة بالعقود المسماة في تغير مستمر بحسب الأزمنة، مما أضفى طابعاً هاماً على عملية تكييف العقود.

ففى التقنين المدنى نجد أن الطابع العام لقواعده كان وما زال هو الطابع المكمل أو التفسيرى. بمعنى أن هذه القواعد تكون واجبة التطبيق طالما أن الأطراف لم يتفقوا على استبعادها.

أما في التشريعات المعاصرة. المتعلقة بالعقود المسماة فإن قواعدها لا تتسم بالطابع الآمر، كما أنها مع ذلك ليس لها الطابع المكمل أو التفسيرى. هذه القواعد تهدف في الواقع إلى التوجيه أو الحث. فهذه القواعد لها هدف معين وهو محاولة تبديد عدم التيقن الذى قد يسود العمل، والذى يعتبر مصدراً لعدم الأمان. فمثلاً بالنسبة لقانون ٢ يوليو ١٩٦٦ والخاص بالإيجار الائتمانى أو التمويلى في فرنسا فإنه من الممكن الاتفاق على إيجار ائتمانى لا يدخل في النطاق المحدد بالقانون، كأن يكون محله متعلق بأموال ليس لها طابع مهنى، كما هو الحال بالنسبة للسيارة المخصصة للأغراض الشخصية والعائلية، وهو

ما يحدث كثيراً في العمل. هذا العقد يعتبر صحيحاً بالرغم من أنه غير خاضع لقانون ١٩٦٦ ولا يستفيد بالتبعية من المزايا الضريبية[١].

أما بالنسبة لمعظم القواعد القانونية الحديثة فإن لها طابع آمر، سواء لأنها تحكم كلية العقد (مثل الإيجار الزراعى، أو إيجار المساكن)، أو لأنها تحكم فقط بعض العناصر (مثل التشريعات الحمائية للمستهلكين) [٢]. فقانون العقود المسماة أصبح خليطاً غير مستقر من الحرية والتوجيه والحماية. فالقواعد الآمرة تتعلق بالنظام العام الاقتصادى، في طريقه للاختفاء حالياً، والنظام العام الاجتماعى. هذه التشريعات ما زالت خارج نطاق التقنين المدنى. كما أن هذه التشريعات تتسم بتضمنها لجزاءات جنائية[٣].

تخضع العقود المسماة إذاً لمصادر جديدة للقانون. فإلى جانب "القانون التقليدى" (القانون المدنى مكملاً بالقانون التجَارى، القانون الزراعى، والقانون الجنائى) قد ظهر منذ زمن قريب في أوربا وبصفة خاصة في فرنسا "قانون اقتصادى" (قانون المستهلكين، وقانون المنافسة). هذا القانون الأخير لا يشكل كلاً متجانس، كما أنه يستخدم في بعض الأحيان مصطلحات غير محددة[٤] وغالباً ما تتعارض مع القواعد التقليدية، بسبب ما ترمى إلى تحقيقه من أهداف اجتماعية واقتصادية[٥].

---

(١) انظر في مصر القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ والخاص بالتأجير التمويلى وفى لبنان قانون ١٦٠ لسنة ١٩٩٩.

(٢) F. Collart Dutilleul, ph. Delebecque, op. cit, no 1 p. 13.

(٣) Ph. Malaurie,L. Aynès, op. cit, no 21,p. 27.

(٤) قد صدر في فرنسا تقنين الاستهلاك Le code de la consommation في عام ١٩٩٣، ومع ذلك نجد أن قانون المستهلكين وكذلك قانون المنافسة يصعب في الواقع تقنينها لأن أى منهما يرتبط بشدة بالظروف ولا يمكن أن يتم إلا بحسب المناسبة وهذا ما يفسر عدم تجانسه وعدم استقراره.

(٥) انظر نبيل سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، المرجع السابق، ص ٨٥ وما بعدها. وبصفة خاصة ص ٩٣ وما بعدها.

ـ أثر التشريعات الحمائية على أحكام العقود المسماة:

في الواقع إن أحكام قانون العقود المسماة قد تأثرت بعمق نتيجة إصدار سلسلة من التشريعات الحمائية للمستهلكين. هذا التحول الذى حدث قد تم خارج نطاق التقنين المدنى[1] الذى احتفظت نصوصه ـ على الأقل بالنسبة للأساسى منها ـ ببقائها على حالها من الناحية الرسمية. لكن هذا ليس إلا مظهراً خادعاً فالقاضى عند تطبيق القانون سيضطر إلى تفسير النصوص الواجبة التطبيق، فمثلاً بصدد عقد البيع يجب على القاضى إعطاء التزامات البائع المهنى كامل آثارها المنصوص عليها، فأصبح على البائع المهنى حالياً التزام بالتبصير والنصح، كما أن ضمان العيوب الخفية اتسع نطاقه، وكذلك الالتزام بالتسليم، وأيضاً أصبح محظوراً عليه تضمين العقود شروطاً معفية من المسئولية[2].

بـ السلطات الإدارية المستقلة:

تلعب هذه السلطات اليوم دوراً هاماً في إنشاء الضوابط القانونية، وقد أخذت مكان كل من التشريع واللائحة. لا يتعلق الأمر بطائفة متجانسة من أشخاص السلطة العامة، ولكن يتعلق الأمر بمنظمات مختلفة، تأخذ شكل المجالس أو اللجان أنشأتها التشريعات الحديثة في فرنسا: كلجنة عمليات البورصة (Commisson des opèrations de bourase وتختصر بـ C. O. B) واللجنة القومية للمعلوماتية والحريات (Commission nationale de l'informatique et des libertés وتختصر بالأحرف الآتية C. N. I. L) ولجنة التنظيم البنكى Comité de la règlementation bancaire) ومجلس المنافسة (Conseil de la concurrence) وغير ذلك من اللجان والمجالس.

---

(١) مع العلم بأن التشريع الخاص ببيع العقار تحت الانشاء قد أدمج جزئياً في التقنين المدنى الفرنسى عن طريق إضافة نصوص جديدة: ١٦٠١ ـ ١ إلى ١٦٠١ ـ ٤.

(٢) انظر في تفصيل ذلك:
J. Huet, Rsponsabilité du vendeure et garantie contre les vices cachés, Litec 1987, V° aussi F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, op. cit, no 207, p. 171 et s.

وتكوين هذه المنظمات متنوع. قد تكون مستقلة او غير مستقله عن الحكومة والأغلبية البرلمانيه، وقد تشكل فقط من موظفين، او من ممثلين متعددين (ممثلين للإدارة، وممثلين للمهنه محل الاعتبار، و اعضاء من القضاء ...)، وكذلك الحال بالنسبة للاختصاصات الممنوحة لها.

هذه السلطات الإدارية المستقلة تمثل طريقة جديدة لتدخل الدولة في المجالات الفنية[1]. بعض هذه السلطات، مثل لجنة عمليات البورصة، ومجلس المنافسة، تمثل مصدر حقيقى لقانون العقود المسماة. فهذه السلطات ليست مكلفة فحسب بالسهر على ما يجرى عليه العمل، بتقويمه، ومجازاته وتقديم المشورة للسلطة اللائحية، ولكن أيضاً بإعداد التنظيم اللازم والعمل على احترامه. على ذلك فإنها يمكن أن تكون مصدراً للقانون، سواء بطريقة غير مباشرة وذلك بما لهما من سلطات في الحكم على ما يجرى عليه العمل في التعاقد أو بحظرة كلية (مثال ذلك مجلس المنافسة: الأمر الصادر في ١٩٨٦/١٢/١ والمعدل للمادة ٧ - ٢٧) وبالتالى إنشاء قضاء حقيقى في المسألة[2]. أو بطريقة مباشرة وذلك بنشر قواعد قانونية عامة ومجردة (C.O.B) .

٢ـ ما يجرى عليه العمل في التعاقد[3] Lex mercatoria:

في الواقع إن التشريعات التى تصدر في مجال العقود تقر في الغالب ما استقر عليه العمل في مجال التعاقد من قبل خاصة من جانب الممارسين أو

---

(١) انظر:

H. Chevallier, Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes, J. C. P 1986
I. 3254, C. A. Colliard et G. Timsit, sous la direct, les autorités administratives indépendantes: P. U. F 1988

(٢) في الواقع هذه السلطات ستؤدى إلى اضطراب في التدرج التقليدى لمصادر القانون. علاوة على ذلك فإن اهتمامات هذه السلطات تكون من حيث المبدأ اهتمامات اقتصادية او مالية. وعلى ذلك نجد أن عقداً، صحيح طبقاً لقواعد القانون المدنى، يمكن أن يشكل تقييداً للمنافسة وبالتالى يستطيع مجلس المنافسة أن يأمر بإنهائه

(٣) انظر

Le rôle de la pratique dans la formation du droit Trav. Assoc H. Capitant Journees swisses 1983 Economica,1985 F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque op cit no [illegible] p [illegible]4 ph Malaurie.L Aynes op cit No 26, p 29 et s

المنظمات المهنية. فقد تكون هناك شكليات معينة (كما هو الحال بالنسبة لشكليات كتاب العدل أو الموثقين)، أو عقود نموذجية Contrats – types، أو شروط عامة دارجة في مجال البيع، أو وثائق التأمين الدارجة وغير ذلك. ولذلك يجرى العمل على أن المتعاقدين لا يفعلون أكثر من استعمال هذه النماذج الشائعة حتى ولو كانت تستعمل مصطلحات غير دقيقة أو غير مألوفة.

هذا المصدر يشكل أهم المصادر الحية لقانون العقود المسماه بالرغم من أنه لم يلق اهتماماً كبيراً من جانب الفقه.

ثالثاً – نطاق الدراسة:

يجب أن نقرر ابتداءً أن دراستنا هنا ستقتصر على بعض العقود المسماة فقط، البيع، والإيجار، وذلك لعدة أسباب:

أولها: أن لائحة كليات الحقوق قد اختارت هذه العقود المسماة باعتبارها من أهمها.

ثانيها: أن العرف جرى في كلية الحقوق على تدريس هذه العقود منذ زمن طويل.

ثالثها: أن هناك بعض العقود المدنية أصبح لها طابعاً مميزاً لدرجة أنها استقلت بقانون خاص بها يخرجها تقريباً وبصفة كلية من نطاق الشريعة العامة، من ذلك مثلاً عقد الزواج، والشركات، وعقد العمل، وعقد النشر، وعقود التأمين وغير ذلك من العقود مما يلزم معه أن تكرس لهم دراسة مستقلة[1] ولكن إذا كان هناك عقود تقليدية قد خرجت عن نطاق دراسة قانون العقود المسماة، فإن هناك عقود جديدة دخلت نطاق هذا القانون، كعقد الإيجار التمويلى، وعقد البيع الإيجارى،

---

(1) F. collart Dutilleul,Ph. Delebecque, op. cit, no 15 p. 15 et s.

وعقد الإيجار المقترن بوعد بالبيع، وعقد إيجار الأشغال Location accession فقانون العقود المسماة في حالة تجدد مستمر[1].

كما أنه مما تجدر ملاحظته أن النظرية العامة للعقد لا تطبق على العقود الإدارية، والعقود التجارية وعقود العمل إلا في حالة عدم وجود نص خاص بهذه العقود كما سبق أن رأينا.

خطة الدراسة:

وسنكرس هذه الدراسة لعقد البيع على أن يعقب ذلك دراسة للعقود المسماة الأخرى.

---

(1) انظر دراسة تفصيلية قيمة لتطور العقود المسماة
Ph. Malaurie,L. Aynès, op. cit, no 2 32 et s,p. 34 et s.

عقد البيع



البيع أهم العقود المسماة:

منذ أن عاش الإنسان في جماعة قد ظهرت الحاجة ماسة إلى تبادل السلع والخدمات ولذلك أول ما تبادر إلى ذهن الإنسان كوسيلة لتبادل الأموال كانت المقايضة. فالمقايضة ليست إلا مبادلة سلعة بسلعة أخرى. فكان المرء يقوم بمبادلة ما يفيض عن حاجته بما هو في حاجة إليه لدى الآخرين.

لكن ما لبث أن ظهر قصور هذه الوسيلة عن تلبية كل الحاجات، خاصة عندما تعقدت الحياة وزادت مطالب الناس، فلم يكن من السهل دائماً إيجاد التوافق بين رغبات المقايضين وحاجاتهم. وعندما ظهرت النقود كمقياس للقيمة لتلبى هذه الحاجات ظهرت معها فكرة البيع(١).

ولذلك قد شاع البيع وانتشر وذلك لسهولته واستجابته للحاجات المتعددة والمتجددة في الوقت الذى تضاءلت فيه أهمية المقايضة وبالتالى ندر الالتجاء إليها.

وإذا كانت القواعد المنظمة لعقد البيع تعتبر قواعد خاصة بالنسبة للنظرية العامة للالتزامات فإنها تعتبر قواعد عامة تحكم كل أنواع البيوع، مدنية كانت أو تجارية، عقارية أو منقولة. فهى تعتبر الشريعة العامة لعقد البيع أياً كان محله وأياً كان وصفه، بل وفى بعض الأحيان يحيل إليها المشرع بالنسبة لبعض العقود المسماة الأخرى عندما تتشابه الالتزامات فيها مع التزامات عقد البيع.

خطة الدراسة:

نستهل دراسة هذا الجزء بفصل تمهيدى يكرس للتعريف بعقد البيع، ثم بعد ذلك نقسم دراستنا إلى قسمين، القسم الأول، يتعلق بانعقاد عقد البيع، والقسم الثانى، يتعلق بآثار عقد البيع. ولنر كل ذلك بشىء من التفصيل.

(١) H. Huet, op. cit, no 110 ^{2}, p. 36.

فصل تمهيدى

التعريف بعقد البيع

وفى هذا الفصل سنعرض في مبحث أول، لنظرة أولية على عقد البيع، ثم بعد ذلك نخصص المبحث الثانى، لتمييزه عن غيره من العقود التى قد تشتبه به.

المبحث الأول

نظرة أولية على عقد البيع

من خلال هذه النظرة العامة نستطيع أن نقف على تطور عقد البيع، ثم نحدد مصادره، وأخيراً نبين خصائصه المميزة.

أولاً – تطوره[1]:

وهنا سنعطى نبذة تاريخية عن تطور عقد البيع.

سبق أن رأينا العلاقة بين البيع والمقايضة وبالتالى كيفية ظهور عقد البيع، ثم تطور البيع بعد ذلك من البيع الفورى، إلى البيع بأجل، وهكذا دواليك. ولذلك ينبغى أن نتعقب باختصار مراحل تطوره التاريخى.

في القانون الرومانى:

جعل القانون الرومانى البيع أداة أساسية في التبادل الاقتصادى ومع ذلك فإن الرومان لم يحسموا كل المشاكل العالقة والخاصة بعقد البيع. وسوف نلقى نظرة سريعة على مراحل التطور التى مر بها عقد البيع فى القانون الرومانى.

- كان البيع في القانون الرومانى من عقود التراضى، بالرغم من الاستثناءات المتزايدة على ذلك، بمعنى أنه يكفى لإبرام العقد مجرد التراضى.

---

(١) انظر في ذلك بصفة خاصة:

J. Ghestin et R. Desché, La vente. L. G. D. J, 1992, Rep. Civ, 1995 V° vente, par O, Barret; Ph. Malaurie,L. Aynés, op. cit, no 61,p. 54 et s.
F. Collart Dutilleui, Ph. Delebecque, op. cit, no 36 p. 33.

ويبدو أن عقد البيع كان في الأصل عقداً عينياً، لا يتمّ إلا بتسليم الشيء للمشترى.

وقد كان البيع ملزماً، حيث كان ينشأ عنه دعاوى، ولكنه مع ذلك لم يكن ناقلاً للملكية، إذ هذا الأثر لا يترتب على مجرد العقد وإنما كان يفترض القيام بإجراء متميز عنه، كالإشهاد (Mancipatio)، أو التنازل القضائى (L'injure cessio وهى خصومة صورية)، أو التسليم La traditio كما أنه في عقد البيع النقدى، يبدو أن نقل الملكية كان يتوقف على عنصر آخر، وهو دفع الثمن. في القانون الفرنسى، هاتان القاعدتان لا وجود لهما بصفة عامة، بالرغم من أن هناك اتجاه ينزع إلى العودة إلى القانون الرومانى في هذا الصدد. على العكس من ذلك القانون الألمانى، حيث ما زال يفصل بين البيع ونقل الملكية.

- كما أنه في القانون الرومانى كانت تبعة الهلاك تقع على عاتق المشترى Res prite emptori. وقد انتهى القانون الفرنسى إلى نتيجة مماثلة وإن كان مع تعليل مختلف، حيث إن تبعة الهلاك في هذا القانون تقع على عاتق المالك Res perit domino.

- من حيث الضمانات نجد أن موظفى الدولة (Edile Curule) في روما لم يكن يبسط حماية على السفهاء (حيث إن البرتير لا يحمى من لم ينشغل بمصالحه) على ذلك فالبائع لم يكن يضمن العيوب الظاهرة، فعلى المشترى أن يتنبه لذلك. أما إذا كان البائع غير أمين نجد أن موظفى الدولة قد نظموا ضمان العيوب الخفية. في هذه الحالة المشترى يستطيع أن يحصل على دعوى فسخ البيع (L'action rédhibitire) أو على التعويض (L'action estimataire; actio quanti minoris). هذا الموضوع قد لحقه تطور كبير في القانون الفرنسى المعاصر.

- كما أن القانون الرومانى في نهاية تطوره أعطى الحماية للصغار (les humilior les "petits") ضد الكبار (Potentiores, Les "gros") في حالة الغبن في بيع عقار الصغير قرر القانون الرومانى نقض البيع la rescision أو تكملة الثمن هذا هو نفس الحكم الذى تأخذ به القوانين الحديثة.

- وبالرغم من كل ذلك فإن البناء الرومانى لم يتم بعد، حيث إن البيع طبقاً لـهذا القانون كان يتكون من عملين متميزين، الشراء والبيع (emptio vend tioque) ولم يصل إلى درجة التأكيد على تقابل الالتزامين، هذا ما وصل إليه القانون الفرنسى القديم.

في القانون الفرنسى القديم:

تطورت القواعد الأساسية للقانون الرومانى في هذه الحقبة التاريخية تحت تأثير القانون الكنسى، والمبادئ الأخلاقية مما أدى إلى ظهور مبادئ جديدة، فتأكد بصفة نهائية التقابل بين الالتزامات المتبادلة في عقد البيع، وبالتالى ظهر بالتدريج الفسخ عند عدم التنفيذ حتى ولو لم يكن هناك شرطاً فاسخاً صريحاً، والدفع بعدم التنفيذ. كما أنه تحت تأثير كتاب العدل اتجه البيع بالتدريج نحو مبدأ انتقال الملكية بمجرد التعاقد وذلك عن طريق الإدراج المنتظم للشروط المألوفة، كشرط التسليم الصورى La clause de dessaisin – saisine كما أن ضمانات البائع في حالة عدم الوفاء بالثمن قد تم تنظيمها اعتباراً من القرن السادس عشر بتقرير امتياز بائع العقار وامتياز بائع المنقول. وقد ظهرت فلسفة Saint Thomas d'Aquin المهتمة بالعدالة، فسادت نظرية الثمن العادل ولكنها اصطدمت بما جرى عليه العمل من الحرص على استقرار المعاملات، مما أدى إلى مناهضة المساس بالعقد، ونقض البيع للغبن.

في القانون الفرنسى الحديث[1]:

تأكد في قانون نابليون نقل الملكية بمجرد إبرام عقد البيع (م ١٥٨٣ مدنى فرنسى) كما أنه قد قنن القواعد السابقة في نصوص صريحة.

هذه النصوص قد تعرضت لموجات من التطور. هذا التطور تحكمه جدلية معينة، فقد كانت السمة الغالبة على هذه النصوص طوال القرن التاسع

---

(١) انظر بصفة خاصة:

Ph. Malaurie L. Aynès, op. cit, no 64,p. 55.

عشر وفى النصف الأول من القرن العشرين هى الانشغال بحماية البائع، فانتشرت الشروط المعفية أو المقيدة لضمانات البائع، وبصفة خاصة ضمان الاستحقاق في بيع العقارات، وضمان العيوب الخفية في بيع المنقولات. كما أن هذا التطور أفرز العقود الأولية أو التمهيدية Les avants – contrats، كما أنه قد تعددت صور وأشكال البيع.

في النصف الثانى للقرن العشرين كان الانشغال أكثر بحماية المشترى، فحدث تحول في القضاء بصدد نقض عقد البيع للغبن، كما أنه قد حدث تطور في القضاء والتشريع بصدد عدم تحديد الثمن، وبطلان الشروط المخففة أو المعفية من الضمان خاصة في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين، زيادة التزامات البائع المهنى، الروابط الجديدة بين البيع والائتمان، وبصفة خاصة تبصير وحماية المستهلك.

كما أن البيع أصبح له طابعاً مميزاً عندما يتم للمستهلك، وبصفة خاصة عندما يكون محله منتجات ذات طابع استهلاكى واسع. في الواقع يعتبر البيع الحلقة النهائية لسلسلة عمليات اقتصادية تبدأ من المنتج إلى الموزع. ولذلك فكثير من البيوع ما يمثل جزء من هذا المجموع وما ترتب على ذلك من آثار.

علاوة على ذلك لم يعد البيع يمثل شأن خاص بين البائع والمشترى فحسب وإنما أصبح له فائدة اقتصادية تهتم بها الدولة. فمثلاً بصدد البيوع التجارية نجد أن تجميد الأسعار أو حرية المنافسة تتعاقب وفقاً للظروف الاقتصادية.

كما أن البيع لم يقف عند صورته التقليدية وإنما تنوع بشكل غير عادى وأصبح هناك صورة جديدة وكثيرة على نحو ما سنرى خلال دراستنا.

عقد البيع في القانون المصري:

من أهم خصائص عقد البيع في التشريعات العربية عموماً هو أنه عقد ناقل للملكية. فقد نصت المادة ٢٣٥/ ٣٠٠ من التقنين المصرى القديم على أن

"البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شيء للآخر في مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما"[1]. ثم جاء نص المادة ٤١٨ من التقنين المدنى الجديد ليؤكد ذلك بنصه على أن "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدى".

ويتميز هذا التعريف بأنه أكثر انضباطاً، سواء من حيث الثمن إذ وصفه بأنه نقدى حتى يفرق بين البيع والمقايضة، سواء من حيث محل عقد البيع حيث أنه لم يعد قاصراً على نقل ملكية شيء مادى فحسب وإنما أصبح من الممكن أن يرد على أى حق مالى سواء كان هذا الحق عينياً أو حقاً شخصياً[2].

وبالنسبة للحركة التشريعية لحماية المستهلك وكذلك الدور القضائى الهام في تطبيق القواعد الخاصة بعقد البيع فإننا لم نلحظ شيء يذكر في البلدان العربية في هذا الصدد.

ثانياً – مصادره:

إن مصادر القواعد التى تنظم عقد البيع قد تكون دولية وقد تكون داخلية، وبطبيعة الحال يعتبر المصدر الثانى أكثر أهمية من المصدر الأول.

١ـ القواعد الدولية:

في عام ١٩٨٠ قد تبنت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى .C) N. U. D. I) في فينا، اتفاقية دولية تتعلق بالبيع الدولى للبضائع (اتفاقية فينا في

---

(١) وبذلك يكون التقنين المدنى القديم قد تلافى النقد الموجه إلى تعريف القانون الفرنسى، بالنص صراحة على نقل الملكية في تعريف البيع، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٤ ص ١٩.

(٢) توفيق فرج، عقد البيع والمقايضة في القانون اللبنانى، دار النهضة العربية، ١٩٦٨، ٣٢ هامش ١.

انظر تعريف القانون العراقى، والذى اقتبسه من المجلة، حيث يعرف البيع بأنه "مبادلة مال بمال" م ٥٠٦، والقانون الأردنى ينص في مادته ٤٦٥ على أن "البيع تمليك مال أو حق مالى لقاء عوض".

١١ أبريل ١٩٨٠)[١]. وهذه الاتفاقية قد أخذت في انعقاد العقد بنظرية استلام القبول، كما أن موقفها من تحديد الثمن كان أكثر مرونة من موقف القوانين اللاتينية. وقد كانت نصوصها أكثر أصالة بالنسبة لالتزامات البائع، فمثلاً تنص على أنه يجب على البائع أن يسلم البضائع طبقاً لما هو متفق عليه في العقد، هذا معناه أن الاتفاقية تجمع بين التزامه بالتسليم والتزامه بضمان العيوب الخفية[٢].

القواعد القارية: القانون الأوروبى:

هذا القانون أصبح تدريجياً من أهم المصادر التى تنظم البيوع التجارية وذلك من أجل ضمان حرية المنافسة، وبصفة خاصة تحريم الأسعار المفروضة، وأيضاً بصدد المسئولية عن الأشياء بالنسبة للمنتجات المعيبة، وما قد يترتب عليها من تداخل مع ضمان العيوب الخفية (أحد توجيهات مجلس الاتحاد الأوروبى في ١٩٨٥/٧/٢٥).

إلى جانب ذلك يوجد مصدر متجدد للقانون يحكم بصفة خاصة البيوع الدولية وهو يتمثل في "الشروط العامة للبيع" وهو يعتبر قانون موازى للتشريعات الداخلية للدول المختلفة وأكثر فاعلية منها. وهذا القانون يتم بطريقة عفوية عن طريق التجار، بصفة عامة عن طريق تجمعاتهم المهنية. وهو ما يسمى عادة بـ (La Lex mercatoria) وهذا ما جرى عليه التعاقد الدولى والذى يجب أخذه في الاعتبار عند الدخول فى علاقات اقتصادية دولية.

---

(١) أنظر:
Ch. Mouly, que change la convention de vienne sur la vente internationale par rapport au droit français, D. 1991, Chr. 77.
J. P. Plantartd, un nouveau droit uniforme de la vente internationale, la convention des Nations – Unies du 11 avr. 1980, Clunet, 1988, 311, Cl. Witz, La convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises à l'eprevue de la jurisprudence naissante, D. 1995; Chr 143.

(٢) Ph. Malaurie,L. Aynès, op. cit, no 286,p. 192.

٢ـ القوانين الداخلية:

التقنينات:

نجد في هذا الصدد القواعد العامة في نظرية الالتزامات علاوة على القواعد الخاصة بالعقود المسماة:

- في القانون الفرنسى نجدها في الكتاب الثالث، في الباب السادس وتقع في المواد من ١٥٨٢ ـ ١٧٠١.

- في القانون المصرى نجدها في القسم الأول، من الكتاب الثانى، الخاص بالعقود المسماة، وفى الباب الأول الخاص بالعقود التى تقع على الملكية، الفصل الأول، البيع بوجه عام وتقع في المواد من ٤١٨ ـ ٤٨١.

هذه القواعد ما زالت تشكل القانون السائد والمنظم لعقد البيع، وإنها لم تتعرض إلا لتعديلات تشريعية طفيفة.

- لكن في أوروبا، وفى فرنسا بالذات، نجد أن التشريعات الحديثة والتى لم تندمج في التقنين المدنى قد أوردت العديد من التعديلات، المباشرة وغير المباشرة، بالنسبة لبعض أنواع من البيوع، وغالباً ما تشمل نصوص تنظيمية تفصيلية ودقيقة، وأيضاً جزاءات جنائية. هذه التشريعات تعمل جاهدة على التوفيق بين المصالح المتعارضة: حماية المستهلك دون أن يصل إلى إلى حد شل الدعاية والإعلان وخاصة إذا كانت تتضمن معلومات صحيحة، ضمان حرية المنافسة والروح التنافسية مع ضمان حماية صغار التجار في نفس الوقت.

في الواقع إن التشريعات الحمائية للمستهلك قد أدت إلى زعزعة بعض الأسس التقليدية في القانون المدنى وخاصة المتعلقة بإبرام عقد البيع، وبعيوب الإرادة، والإيجاب والقبول، ومبدأ الرضائية، والعلاقة بين إبرام العقد وتنفيذه، ومبدأ استقلالية العقود (البيع والقرض) وغير ذلك الكثير[١] وهذا ما سنعرض له عند الكلام عن أركان عقد البيع.

---

(١) انظر نبيل سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، المرجع السابق، ص ٨٢ ـ ١٠٣.

القضاء:

يلعب القضاء دوراً هاماً، وبصفة خاصة في دولة مثل فرنسا، بصدد تطبيق قواعد القانون الخاصة بعقد البيع على البيوع الفردية المتنوعة والمتعددة.

العرف:

ويلعب العرف دوراً هاماً، وبصفة خاصة في البيوع التجارية، كمصدراً للقواعد القانونية المنظمة لعقد البيع. علاوة على ذلك نجد أن الشروط العامة للبيع تلعب أيضاً دوراً هاماً في هذا المجال وإن كان أقل بطبيعة الحال منه في مجال العلاقات الدولية[1].

في هذا المجال نجد أن دور القضاء الإنشائي في الوطن العربى محدود للغاية. كما أن الحركة التشريعية الحمائية للمستهلك لم تجد لها صدىً يذكر في الدول العربية[2]. ناهيك عن دور العرف المحدود في مجال العقود في هذه البلدان. وإذا كان ما جرى عليه العمل في مجال التعاقد له دور فإن ذلك يكون بشكل ملحوظ في مجال العلاقات الدولية والتى عادة ما يفرض فيها على دول العالم الثالث بصفة عامة القواعد والضوابط السائدة في دول العالم المتقدم.

ثالثاً - ماهيته وخصائصه:

تعريف عقد البيع:

عرف المشرع البيع في المادة ٤١٨ مدنى مصرى بقوله أن "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدى".

---

(١) انظر:
P. Malinverni,Les conditions générales de vente et les contrats types des chambres syndicales, Thèse Paris II, L. G. D. J, 1978, Préf, J. Hémard;
J. Schmidt – Szalewski, conditions générales des contrats et contrats – type, Juris – classeur contrats – distribution fasc. 60, 1990.

في القانون الألمانى انظر:
D. Ben Abderrahman, Le droit allemand des conditions générales de contrats dans les ventes commerciales franco – allemandes, Thèse Paris II, L. G. D.J. 1985, Préf P. Pédamon.

(٢) ويذكر أن عام ٢٠٠٦ شهد صدور تشريعات لحماية المستهلك فى بعض الدول العربية كمصر والإمارات العربية المتحدة وكان هناك مشروع لهذا القانون فى الأردن ومن قبل ذلك صدر قانون فى لبنان.

يتضح لنا من هذا التعريف أن العناصر المكونة للعقد، هي اتجاه الإرادة إلى أن ينقل البائع للمشترى ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر باعتباره الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق البائع، وأن يكون نقل الحق في مقابل ثمن نقدى يدفعه المشترى باعتباره الالتزام الرئيسي المقابل للالتزام الأول والذي يقع على عاتق المشترى[(١)].

خصائصه:

وعلى ضوء هذا التعريف يمكن القول بأن عقد البيع يتميز بأنه عقد رضائى، ملزم للجانبين، من عقود المعاوضة، محدد، ومن العقود الناقلة.

١ـ عقد البيع، من حيث المبدأ، من العقود الرضائية. فيكفى لإبرامه مجرد التراضى دون اشتراط أى شكل أو إجراء آخر. ويكفى أن ينصب التراضى فقط على العناصر الجوهرية، الشيء المبيع والثمن، أما المسائل التفصيلية فيحكمها القواعد المكملة، هذا ما لم يعلق الأطراف إبرام العقد على الاتفاق عليها، في هذه الحالة لا يبرم العقد إلا إذا تم الاتفاق على جميع المسائل.

في بعض الدول، كفرنسا، نجد أن التشريعات الحديثة جعلت مبدأ الرضائية في مجال عقد البيع يتراجع في عدة حالات. ففى بعض أنواع من البيوع، فرض المشرع على البائع النص على بعض البيانات الإلزامية في العقد وذلك بقصد إعلام وتبصير المتصرف إليه (مثل ذلك بيع المحل التجارى، والبيع بالأجل ... الخ). وقد يضاف إلى هذا الاشتراط، على نحو استثنائى محض، الرسمية (مثل ذلك بيع العقار تحت الإنشاء الواقع في نطاق الحماية)[(٢)].

---

(١) انظر: J. Huet, op. cit, no 1104 p. 45.

(٢) ويلاحظ أن هذه القواعد يجب أن تحترم وإلا يقع التصرف قابلاً للإبطال وذلك على خلاف ما هو مستقر تقليدياً من بطلان العقد بطلاناً مطلقاً عند تخلف الشكل المنصوص عليه في القانون. وذلك باستثناء الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد عندما يكون محله عقار معين (أو مال من الأموال التى شبهت به) حيث إن التصرف العرفى المتضمن=

٢ـ عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين: وهذا يرجع إلى أنه ينشىء التزامات متقابلة على عاتق الطرفين. ويترتب على ذلك أنه في حالة عدم التنفيذ يطبق عليه القواعد الخاصة بالعقود الملزمة للجانبين، كالدفع بعدم التنفيذ، والفسخ القضائي، ونظرية تحمل التبعة.

٣ـ عقد البيع من عقود المعاوضة، حيث إن كل متعاقد يتلقى مقابل لما يعطي. كما أنه لا يتضمن أى نية للتبرع. في بعض الأحيان عقد البيع قد يخفى هبة مستترة، حيث يكون المظهر الخارجي للتصرف أنه من عقود المعاوضة، ولكن من حيث الموضوع يشكل التصرف عقد من عقود التبرع. كما أن عقد البيع قد يشكل هبة غير مباشرة وذلك عندما يكون الثمن أقل بكثير من قيمة الشيء ويكون لدى البائع نية التبرع. والفائدة العملية للكشف عن حقيقة التصرف في هذه الحالات، خاصة إذا كان محله عقار، أنه لا يمكن نقضه للغبن، وإنما سيخضع للقواعد الموضوعية للهبة[١].

٤ـ عقد البيع من العقود المحددة Un contrat commutatif : فالالتزامات المتقابلة للمتعاقدين محددة من حيث مقدارها ووجودها منذ إبرام العقد. ومع ذلك يمكن أن يكون لعقد البيع طبيعة احتمالية Un caractère aléatoire وذلك عندما يتعلق ببيع حق الانتفاع أو عندما يكون البيع في مقابل إيراد مرتب مدى الحياة[٢].

هـ عقد البيع من العقود الناقلة Un contrat translatif: يعتبر البيع عقداً

=له يجب، تحت طائلة البطلان، أن يكون محلاً لإجراء ضرائبى، وهو التسجيل، وهذا بطبيعة الحال على خلاف مبدأ الرضائية المعتاد.

(١) انظر نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام في القانون اللبناني والتشريعات العربية، دار النهضة، ١٩٩٥ ص ٦٦ وما بعدها.
J. Huet, op. cit, no 11106 p. 48.

(٢) انظر:
ويلاحظ أن عقد البيع ليس، كأصل عام، من العقود ذات الاعتبار الشخصي، no 1107 p. 50.

ناقلاً للملكية حتى إذا تأخر نقلها. وبذلك يختلف عقد البيع باعتباره تصرفاً ناقلا عن التصرف المنهى، كالوفاء بمقابل، بالرغم من تشابهه مع البيع، والتصرف المكون لمجموعة، كتقديم حصة في شركة، والتصرف المنشىء لحق عينى، كعقد الرهن، كما أن البيع باعتباره تصرفاً ناقلاً يختلف عن التصرف الكاشف، كعقد الصلح وعقد القسمة.

وعقد البيع يعتبر تصرفاً ناقلاً لحق ملكية شىء أو أى حق مالى آخر، سواء كان هذا الحق حقاً عينياً، كالحقوق العينية المتفرعة عن الملكية، أو حقاً شخصياً، كحوالة الحق إذا كانت بمقابل نقدى.

وعقد البيع باعتباره تصرفاً ناقلا يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً لاكتساب الحقوق العينية بالتقادم القصير بشرط أن يكون صادراً من غير مالك. كما أن البيع باعتباره تصرفاً ناقلاً للملكية لا ينتج أثره بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل وذلك إذا كان محله حقاً عينياً أصلياً.

المبحث الثانى

تمييز عقد البيع عن غيره من العقود[1]

جوهر عقد البيع كأى عقد من العقود هو التراضى. هذا التراضى لابد أن ينصب على عناصر خاصة به. هذه العناصر هى الثمن الواجب دفعه للبائع، والشىء المبيع الواجب نقل ملكيته إلى المشترى. وإذا ما ارتكزنا على هذه المحاور الثلاثة ١- الثمن ٢- الشىء المبيع ٣- ونقل الملكية تستطيع أن نضع الخطوط الفاصلة بين عقد البيع وما قد يشتبه به من عقود[2].

أولاً – المحور الأول: الثمن:

هذا العنصر الأساسى المميز لعقد البيع وهو الذى يميزه عن غيره من التصرفات القانونية كالهبة، والمقايضة، وتقديم حصة في شركة، والوفاء بمقابل.

١- البيع والهبة: وجه التشابه بينهما يكمن في أن كل منهما يعتبر من التصرفات الناقلة للملكية التى تتم بين الأحياء. لكن فيما وراء ذلك فإن الاختلاف بينهما كبير بقدر الاختلاف بين عقود المعاوضة وعقود التبرع[3].

فالهبة عقد يتصرف الواهب بمقتضاه في مال له دون عوض مع اتجاه نيته إلى ذلك[4]. فعقد الهبة، باعتباره من عقود المتبرع، يتميز بعنصرين

---

(١) انظر في ذلك أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٩ ص ٢٧ وما بعدها، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٠ ص ١٨ وما بعدها، السنهورى، الوسيط، جـ ٤، فقرة ١١ ص ٢٣ وما بعدها، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١٢ ص ٤٦ وما بعدها، سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٦ ص ٢١ وما بعدها، رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدى البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصرى واللبنانى، الدار الجامعية ص ٣٤ وما بعدها.

(٢) انظر: j. Huet, op. cit, no 1104 p. 45, A. Bénabent,op. cit, no `18, p. 17.

(٣) J. Huet, op. cit, no 1116,p. 61.

(٤) انظر نص المادة ٤٨٦ مدنى مصرى، المادة ٥٠٤ موجبات وعقود والتى تنص على أن "الهبة تصرف بين الأحياء بمقتضاه يتفرغ المرء لشخص آخر عن كل أمواله أو عن بعضها بلا مقابل".

أساسيين:

- العنصر الأول: انعدام المقابل.
- والعنصر الثاني: اتجاه نية الواهب إلى عدم تلقى مقابل لما يتصرف فيه وهذا ما يسمى بنية التبرع.

في المقابل نجد أن البيع يتم في مقابل ثمن.

وعلى ضوء ذلك يمكن أيضاً التمييز بين الهبة ولو اقترنت بتكليف وعقد البيع إذ سيبقى الفيصل هو نية التبرع. فطالما أن الواهب لم يتجرد عن نية التبرع وهو بصدد فرضه على الموهوب له هذا التكليف فإن العقد يحتفظ بطبيعته كعقد هبة. أما إذا سار الأمر على خلاف ذلك فإننا نكون بصدد عقد بيع. وكذلك الأمر إذا كان التكليف مساوياً لقيمة المال الموهوب.

٢- البيع والمقايضة: والمقايضة "عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر، على سبيل التبادل، ملكية مال ليس من النقود" (م ٤٨٢ مدنى مصرى)[1].

وتعتبر المقايضة تصرفاً ناقلاً أيضاً كعقد البيع ولكن الاختلاف بينهما يكمن في أن البيع يتم لقاء ثمن نقدى. والعبرة في تحديد طبيعة المقابل بالوقت الذى يتم فيه العقد. وعلى ذلك فإذا كان المقابل أوراق مالية أو سبائك ذهبية يسهل تحويلها إلى نقود فإن العقد يكون مقايضة لا بيع حيث إن المقابل وقت البيع لم يكن نقدياً[2] على العكس من ذلك يعتبر التصرف في شيء مقابل إيراد مرتب مدى الحياة بيعاً طالما أن هذا المقابل نقدى.

أما إذا كان المقابل في العقد شيء ومبلغ من النقود، فإن هذا العقد يحتفظ بوصفه كعقد مقايضة طالما أن المبلغ النقدى قليل القيمة بالنسبة إلى

---

(١) وتنص المادة ٤٩٩ موجبات وعقود على أن "المقايضة عقد يلزم فيه كل من المتعاقدين أن يؤدى شيئاً للحصول على شيء آخر".

(٢) انظر منصور مصطفى منصور، فقرة ١٥ ص ٢٧.

الشـيء. أمـا إذا كـان المـبلغ النقدى بلغ حداً من الأهمية بحيث أصبح هو العنصر الغالب في المقابل كان العقد بيعاً. وفى ذلك تنص المادة ٤٨٣ مدنى مصرى على أنـه "إذا كـان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلاً".

٣- البيع وتقديم حصة في شركة: وتقديم الحصة في شركة عقد بمقتضاه ينقل شريك ملكية مال معين إلى شركة معينة مقابل تمتعه بحقوق الشركاء. فالمقابل هنا ليس ثمن وبالتالى لا يعتبر بيعاً ولا يخضع لأحكامه. ولذلك فإنه لا يمكن أن يطعن فيه بالغبن حتى ولو كان محلـه عقاراً معيناً. كما أنه لا تجوز فيه الشفعة.

٤- البيع والوفاء بمقابل: الوفاء بمقابل سبب من أسباب انقضاء الالتزام – فهو تصرف منهى للالتزام – فالوفاء بمقابل هو قبول الدائن في استيفاء حقه مقابلاً يستعيض به عن الشيء المستحق أصلاً (م ٣٥٠ مدنى مصرى).

ومع ذلك فإن الوفاء بمقابل يمكن أن يكون تصرفاً ناقلاً وذلك عندما يتم مقابل نقل المدين ملكية شـيء إلى الدائن الذى قبل ذلك. وهو من هذه الناحية يشبه إلى حد كبير البيع، وإن كان ليس بيعاً لتخلف الثمن، ولـهذا فإن المشرع نص على سريان أحكام البيع على الوفاء بمقابل على الأخص فيما يتعلق بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية (م ٣٥١ مدنى مصرى) فالوفاء بمقابل في هذه الصورة ليس بيعاً حقيقياً، كما أن التشابه بينهما ليس تاماً. ففى حالة إفلاس الموفى فإن وفاءه يعتبر باطلاً عندما يتم في فترة الريبة، لأنه يشكل وفاء غير طبيعى. كما أن الوفاء بمقابل لا يعطى للمدين الذى قام به امتياز البائع[1].

---

(١) في بعض الأحيان يساء استخدام الوفاء بمقابل، فمثلا ذهبت بعض أحكام في فرنسا إلى أن شراء سيارة جديدة مع أخذ السيارة القديمة المستعملة يعتبر وفاء بمقابل السيارة المستعملة

com. 20 Juin 1972, D. 73. 235 note Crit. J. Hémard.

في الواقع هذا التحليل غير صحيح لسبب بسيط هو أن أخذ السيارة المستعملة قد تم الاتفاق عليه ابتداء في العقد ذاته. على العكس من ذلك في الوفاء بمقابل إذ المقابل=

ثانياً - المحور الثاني: الشيء المبيع:

البيع لا يفترض الاتفاق على الثمن فحسب وإنما يتضمن أيضا الاتفاق على الشيء المبيع. فكل أنواع الأشياء يمكن بيعها بشرط أن تكون داخلة في دائرة التعامل، ويستوى بعد ذلك أن يكون هذا الشيء عقاراً أو منقولاً، شيئاً معيناً بالذات أو شيئاً معيناً بالنوع، حاضراً أو مستقبلاً، مادياً أو غير مادى. لكن إذا كان محل البيع شيئاً غير مادى فيتكلم الفقه في فرنسا عن التنازل أو الحوالة la cession فيقال مثلاً حوالة الحق، والتنازل عن الحق في العملاء، وعن المحل التجارى، وبراءة الاختراع، وحقوق المؤلف .. الخ.

- في بعض الأحيان يستخدم اصطلاح "بيع الخدمة" Vente de service، في الواقع نجد أنه يصعب تطويع القواعد المنظمة لعقد البيع لتطبيقها على ما يسمى "بيع الخدمة" فمثلاً كيف نطبق الالتزام بضمان العيوب الخفية؟ وغالباً ما تستعمل أيضاً التنظيمات المعاصرة نفس المصطلحات فنجد مثلاً تشريعات حماية المستهلك في فرنسا تعالج La vente et les prestations de services.

- كما أنه في المسائل التجارية غالباً ما نجد عقد خدمة تابع لعقد البيع، سواء ما قبل انعقاد البيع، فمثلاً في عقد بيع الأجهزة المعقدة، مثل الحاسبات الآلية، نجد عادة الشركة التى تعرض بيعها تلتزم قبل البيع بإعلام العميل بالخصائص المميزة للأجهزة وكيفية استعمالها، أو بصفة خاصة بعد البيع وهو ما يسمى عادة بخدمة ما بعد البيع. وبالمثل نجد ذلك في الاتفاقات الأكثر تعقيداً، كعقود المساعدة الفنية وعقود التوريدات[١].

لكن من خلال العنصر الأساسى في البيع وهو الشيء المبيع على النحو السابق بيانه يمكن تمييز عقد البيع عن عقد المقاولة.

=الذى يقبله الدائن عند الوفاء بالالتزام يختلف عن الشيء المستحق اصلاً. في الواقع نحن بصدد بيعين متقاطعين وغير قابلين للانقسام. انظر في ذلك وفى أمثلة أخرى Ph. Malaurie, L. Ayès, op. cit, no 71 p. 61 et s; J. Huet, op. cit, no 11121, p. 65.

(١) انظر: Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit, no 72 p. 62

البيع وعقد المقاولة:

المقاولة عقد يلتزم بمقتضاه أحد الأشخاص بتنفيذ عمل معين على وجه الاستقلال لقاء أجر معين. وقد عرفته المادة ٦٤٦ مدنى مصرى بقولها أن "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدى عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الأخر".

وبهذا يتضح الفارق بين البيع والمقاولة، فالمقاولة إذا تتمثل في القيام بعمل لحساب الغير، وهذا ليس ببيع حيث أنه لا تباع الخدمات وإنما الذى يباع هو الأشياء.

لكن مع ذلك هناك حالات يدق فيها الأمر وتدعو للتردد حول طبيعة العقد. فمثلاً التعاقد مع فنان للقيام بعمل فنى، كرسم صورة مثلا نجد محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها[1] اعتبرت هذا العقد ذو طبيعة خاصة "Un contrat de nature spéciale" وأنه لا يقبل التنفيذ الجبرى[2].

- ***بيع شىء تحت التصنيع:*** ويتمثل هذا العقد في أن المقاول يتعهد ببيع شىء يقوم بتصنيعه من مواد يملكها هو، كأن يتعهد صانع بيع أثاث معين يقوم بتصنيعه من أخشاب يملكها هو طبقاً للرسوم والنماذج المقدمة من صاحب العمل. في هذه الحالة يدق الأمر ويمكن أن نتردد بين اعتباره عقد بيع لأشياء مستقبلة أو عقد مقاولة؟

ولتحديد طبيعة العقد في هذه الحالة أهمية خاصة على مستوى القواعد الواجبة التطبيق: فمثلاً نجد الثمن لابد وأن يكون معيناً عند إبرام العقد إذا كان الأمر يتعلق بعقد بيع، ولا يلزم ذلك إذا كان عقد مقاولة. كما أن نقل الملكية وتبعة الهلاك تتم عند الانتهاء من الشىء في عقد بيع الأشياء المستقبلة، هذه القاعدة يمكن أن يختلف تطبيقها في عقد المقاولة (انظر نص المادة ١٧٨٨

---

(١) انظر: Civ. 1, 24 mov. 1993, Monneret, Bull. Civ. No 339.

(٢) وهذا ما قررته هذه المحكمة منذ مطلع القرن العشرين انظر:
Civ. 14 mars 1900, Whistler, D. P. 00. 1. 497, rap. Rau, concl. Desjardins.

مدنى فرنسى)[1]. ضمان العيوب الخفية يخضع لقواعد مختلفة في كل من الحالتين. علاوة على القواعد الخاصة بعقد البيع كامتياز البائع، ونقص العقد للغبن إذا تعلق بعقار في فرنسا (م. ١٦٧٤ – ١٦٨٥ مدنى فرنسى) (وانظر المادة ٤٢٥ مدنى مصرى).

- الاتجاه الحديث في القضاء الفرنسي، أخذا في الاعتبار للإرادة المشتركة للمتعاقدين، تطبق المحاكم غالباً على هذا العقد المركب تكييف توزيعى، بمعنى أن توريد المواد يتبع لعقد البيع، والقيام بالعمل يتبع عقد المقاولة[2]. وكان القضاء الفرنسي يطبق غالباً، ولمدة طويلة، على هذا العقد التكييف الحصرى طبقاً لقاعدة الفرع يتبع الأصل، لكن يبدو اليوم قد أخذ بمعيار آخر وهو "العمل الفنى" (Travail Spécifique)[3].

- بالنسبة للعقارات نجد أن معيار الفرع يتبع الأصل ما زال مطبق، وذلك على اعتبار أن الأرض دائماً هى الأصل. ولكن يجب أن نميز بين فرضين وفقاً لشخص المالك للارض وقت إبرام العقد: فإذا كان البناء تم على أرض مملوكة لصاحب العمل فإن الأمر يتعلق في هذه الحالة بعقد مقاولة، أما إذا كان البناء قد تم على أرض مملوكة للمقاول على أن يسلم هذا المجموع عند الانتهاء من العمل فإن الأمر يتعلق بعقد بيع.

لكن محكمة النقض الفرنسية هذبت هذا المعيار وذلك بالتركيز على موضوع العقد: فإذا كانت المواد التى يتم توريدها تتعلق بشىء يتم على

---

(١) انظر:

Ph. Malaurie, L. Aynès. op. cit. no 781.p. 431 et s.

(٢)

Civ. 3, 16 mars 1977; Sté Tunzini – Entreprise. Bull civ – III 131, J. C. P. 78. II 18913, note Hassler. Rev. trim. Dr. civ. 77. 785. note G. Cornu, com. 6 Jan 1982 Bull. Civ.IV no4

D. 82. I. R. 528 note B. Audit (vente d'étoffe a imprimer).

(٣)

Ph. Malaurie. L. Aynès. op. cit. no 74.p. 64

J. Huet. op. cit 11127. p. 74 et s.

مع ملاحظة أن قاعدة الفرع يتبع الأصل ما زالت مطبقة في مجال المنقول، فمثلا عقد العميل مع المطعم ما زال عقد مقاولة لأهمية عنصر الخدمات التى تقدم فيه.

مراحل Une chose de série فإننا نكون بصدد عقد بيع. أما إذا كان الأداء يرد على عمل فني "Travail Spécifique" فإننا نكون بصدد عقد مقاولة[1] أما بالنسبة لبيع عقار تحت الإنشاء نجد أن المشرع الفرنسي استبعد التكييف الحصري وأخذ بالتكييف التوزيعي. فقانون ٣ يناير، ٧ يوليو ١٩٦٧ أنشأ عقداً جديداً، فعلاوة على القواعد الخاصة به، قد مزج المشرع بصدده بين نظام عقد البيع ونظام عقد المقاولة[2].

- **بيع المفتاح في اليد** Vente de clefs en main، **وبيع المنتجات في اليد** Vente de produit en main[3]: هذه العقود أكثر شيوعاً في العلاقات الدولية، وبصفة خاصة بين الدول المتقدمة والدول النامية. ومع ذلك فإن القانون الداخلي يعرف بعض صورها كبيع العقار تسليم المفتاح، وذلك بالنسبة للمباني الجديدة. أما بالنسبة للعلاقات الدولية فإننا نجد أنه قد شاع في خلال العشرين سنة الأخيرة بيع مصانع تسليم المفتاح، أو تسليم المنتجات للدول النامية وذلك لتجنب صعوبة الإشراف على العمل أثناء تنفيذه من الناحية الفنية لعدم توافر الكوادر اللازمة لذلك. ففي بيع المصانع تسليم المفتاح نجد أن التزام البائع بالضمان لا يبدأ إلا من وقت التسليم، أي بعد وقت قليل من إتمام التجهيزات اللازمة، وأن المصنع يمكن أن يعمل بطريقة عادية. في بيع المصانع تسليم المنتجات نجد أن التزام البائع بالضمان يذهب بعيداً إلى ما بعد التسليم، فعلى البائع أن يشرف بعض الوقت على عمل المصنع بعمال وفنيي الدولي المشترية حيث إن البائع التزم أيضاً بإعداده لذلك. في هذه الحالات نجد أن عقد البيع قد امتزج بعقد المقاولة.

---

(١) Com. 4 Juil. 1989, Bull. Civ. IV, no 210; D. 90. 246 note G. virassamy. J. C. P. 90. II. 21515; noe Y. Dagorne – Labbé.

(٢) انظر في تفصيل أكثر:

Ph. Malurie, L. Aynés,op. cit, no 77, p. 65.

(٣) انظر أستاذنا:

Ph. Kahn, typologie des contrats de transfert de la technologie,in transfert de technologie et developpement Lib – techn, 1977, pp. 445 et s, sp. 452.

ثالثاً – المحور الثالث: نقل الملكية:

هذا العنصر الأساسى في عقد البيع يمكننا من التمييز بين عقد البيع والإيجار، وعقد البيع والقرض والعارية، وعقد البيع والوديعة، وعقد البيع والوكالة.

١- البيع والإيجار:

الاختلاف بين البيع والإيجار يكمن في الهدف والطبيعة، فمن حيث الهدف من العملية القانونية في البيع هو نقل ملكية شيء أو حق مالى آخر لقاء ثمن نقدى، أما الهدف من العملية القانونية في الإيجار هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة لمدة معينة مقابل أجرة معينة. فعقد البيع ينقل حق عينة متعلق بالشيء، بينما عقد الإيجار ينشيء فقط التزام شخصى متعلق بالشيء.

أما من حيث الطبيعة فإن عقد الإيجار يعتبر من العقود الزمنية بينما عقد البيع يعتبر من العقود الفورية. فالزمن عنصر جوهرى في قياس أداءات الطرفين في عقد الإيجار وذلك بخلاف عقد البيع.

ومع ذلك قد تدق التفرقة بين البيع والإيجار في بعض الفروض، كبيع الثمار أو المنتجات، في حالة الإيجار مع الإعاشة[١]. علاوة على ذلك ظهرت أشكال أخرى يختلط فيها البيع بالإيجار، كالبيع الإيجارى، والإيجار التمويلى، ونوع آخر عرف في فرنسا أخيراً باسم [٢] La location – accession الذى يمكن ترجمته مبدئياً بـ "إيجار – الإشغال".

---

(١) وعقد الإيجار مع الإعاشة هو عقد بمقتضاه يلتزم شخص بأن يؤمن الحاجات الأساسية (تغذية، ورعاية، وسكن، وصحة) لشخص آخر لقاء إما، مبلغ من النقود، أو مقابل دورى، أو نقل ملكية مال معين، وهذا الفرض الأخير هو الشائع عملاً.

(٢) عقد البيع الإيجارى يمثل نموذج للعقد المختلط، إذ يشمل على سبيل التعاقب انتفاع بالشيء ونقل للملكية. ولكن هذا العقد يمثل كثيراً من العقبات للمستأجر – المتصرف إليه حيث إنه لا يتمتع بأى ضمان في حالة إفلاس المؤجر – البائع كما أنه لا يتمتع بأى سلطة في إدارة العقار بالرغم من تحمله التزامات تتجاوز التزامات المستأجر العادى. ولذلك اعتبره المشرع المصرى عقد بيع م ٤٣٠/ ٤ أما عقد الإيجار التمويلى في=

- **بالنسبة لبيع الثمار**: فإن محكمة النقض الفرنسية مستقرة منذ زمن على أن العقد يكون إيجاراً في حالة ما إذا كان الذى يحصل على الثمار عليه التزام بزراعة الأرض وصيانتها[1]. ففى حالة بيع العلف الأخضر للماشية، يعتبر هذا العقد بيعاً إذا كان المخول لـه الحصول عليه لا يمكن استعمال الأرض إلا الوقت اللازم لإتمام حصاده[2].

- **بالنسبة للنزول عن المنتجات**: وهو يتمثل في إعطاء الأشخاص الحق في استغلال محجر (الرمال أو الأحجار) أو منجم (المعادن). هذا العقد كان محل خلاف كبير بين الفقه والقضاء في فرنسا. والسبب في ذلك أنه للوهلة الأولى نجد أن هذا العقد لـه بعض خصائص الإيجار، فالمتعهد لـه حق في الاستخراج، وهذا الحق يمارس بصفة مستمرة، كما أن عليه التزام بدفع مقابل لذلك، يحدد في بعض الأحيان بمدد معينة.

=صورته البسيطة فهو عقد إيجار لضمان ائتمان معين، بأن الشركة المؤجرة تسترد القرض الذى منحته للمستأجر الائتماني من خلال أقساط يدفعها مقابل استعمالـه الشيء مع خيار بالشراء للمستأجر في نهاية العقد. فالمستأجر الائتمانى لـه في نهاية العقد ثلاث خيارات: ١- رد هذه الأدوات ٢- تجديد العقد ٣- شراء هذه الأدوات بالقيمة التجارية المحددة من الأصل (انظر مؤلفنا الضمانات غير المسماة ص ٢١٧).
أما عقد La location – accession فقد أنشأه قانون ١٢ يوليو ١٩٨٤ وذلك من أجل إنعاش إشغال العقارات دون ارتباط بملكيتها خاصة العقارات السكنية أو العقارات المخصصة لأغراض مهنية وسكنية. وعقد إيجار الإشغال الذى يخضع لـهذا القانون لابد أن يتوافر لـه ثلاث خصائص: ١- يتضمن وعد بالبيع للشاغل (l'accédant) أى يكون لـه الخيار ٢- مدة أولية للانتفاع بالعين بمقابل ٣- أن يدفع هذا المقابل حتى إعلان الرغبة. وهذا المقابل يشمل الإيجار بالإضافة إلى مبلغ يقابل الحق الشخصى في نقل ملكية المال إليه.
Contre partie "du droit personnel au transfert de propriété du bien" (art 1).
هذا العقد يمكن أن يكون بيع إيجارى (إذا كان لا يتضمن الخيار الممنوح للمستأجر) أو عقد إيجار متضمن وعداً بالبيع (عند غياب الإيجار المبالغ فيه Surloyer السابق بيانه) وبالتالى لا يخضع لـهذا القانون.

(١) انظر: Civ. 1, 17 Nov. 1953, Anthouard, J. C. P. 54.II. 8371.

(٢) أنظر: Civ, 3, 11 Juin 1986, Rev. trim. Dr. civ. 87. III, 2° esp. note crit. Ph. Remy.
وانظر في تفصيل أكثر في هذا الفرض منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١ ص ٢٠.

على العكس من ذلك نجد أن القضاء في فرنسا قد قرر أن هذا العقد لا يمكن أن يكون إيجاراً[١] لأن المتعهد يستهلك من جوهر الشيء، وهذا ما يتعارض مع الانتفاع، وخاصة وأنه لا يمكن بحال رد الشيء كاملاً بعد تنفيذ العقد[٢]. وقد رتبت المحاكم عدة نتائج على هذا التكييف، وهى استبعاد أحكام عقد الإيجار وتطبيق أحكام عقد البيع. ولكن هذا البيع له طبيعة مزدوجة: فهو فيما بين المتعاقدين يعتبر بيع لمنقول - بيع لمنقول يحسب المآل. وبالنسبة إلى الغير يعتبر عقارى وبالتالى لا يمكن أن ينفذ في مواجهتهم إلا بعد التسجيل.

وهذا القضاء ما زال محل انتقاد شديد من جانب الفقه[٣].

٢- البيع والقرض:

القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أى شيء مثلى آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته (م ٥٣٨ مدنى مصرى) [٤].

على ضوء ذلك نجد أن المعيار الفاصل بين البيع والقرض يكمن في الالتزام بالرد الناشيء بالضرورة عن عقد القرض. فهذا الالتزام يعتبر من جوهر عقد القرض بينما لا يعتبر كذلك بالنسبة لعقد البيع. وعلى فرض أن هذا الالتزام قد وجد في عقد البيع فإنه يعتبر أمراً استثنائياً محضاً وذلك عندما ينص عليه في إحدى صوره[٥].

---

(١) Civ. 3, 30 Mai 1969, Reignoux et autres, Bull civ. III, no 437. D. 68. 561; J. C.P. 70. II. 16173, note Hubrech, Rev. trim. Dr. civ 70. 188, note G. Cornu.

(٢) Esmein in Aubry et Rau, t. II; 7e éd. 1961, no 15 et t. v $ 349, note 3 – 2; M. Fréjaville, note.D.P. 192.II. 91.

(٣) Cornu, note cité supra note 3. Picard, in Planiol et Ripert,t. III 2e éd. 1952, no 105.

(٤) تنص المادة ٧٥٤ موجبات وعقود على أن "قرض الاستهلاك عقد بمقتضاه يسلم أحد الفريقين إلى الفريق الآخر نقوداً أو غيرها من المثليات بشرط أن يرد إليه المقترض في الأجل المتفق عليه مقدار يماثلها نوعاً وصفة".

(٥) مثال ذلك بيع الغاز في أسطوانات فإن المشترى لا يملك سوى الغاز وعليه أن يرد بعد ذلك أسطوانة الغاز.

وعلى ذلك فإنه إذا كان هناك نقل ملكية في كل من البيع والقرض إلا أن الأمر جد مختلف، حيث إن المقترض لا يصبح مالكاً بصفة نهائية وإنما عليه التزام برد الشيء المقترض. أما المشترى فإنه يصبح مالكاً للشيء المبيع بصفة نهائية وهذا الفارق يرجع إلى نقل ملكية الشيء المبيع يعتبر من جوهر عقد البيع إذ لا يتصور عقد بيع بدونها. أما نقل الملكية في القرض فإنه ليس من جوهره وإنما فرضتها طبيعة الشيء المقترض إذ هذا الشيء يكون من الأشياء القابلة للاستهلاك وإذا كان ليس للمقترض إلا أن يستعملها فقط إلا أن هذا الاستعمال سيؤدى بالضرورة إلى استهلاكها لذلك اقتضى الأمر نقل ملكية الشيء المقترض حتى يتمكن المقترض من استعماله الذى يستلزم بالضرورة استهلاكه. كل ذلك لا يمنع أنه في الحياة العملية يلجأ الأفراد إلى إخفاء قرض بربا فاحش في صورة بيع وفى هذه الحالة يجوز للطرف الذى له مصلحة في التمسك بالعقد الحقيقى أن يثبت الصورية بكافة طرق الإثبات وفى هذه الحالة ينزل القاضى الفوائد إلى الحد القانونى.

٣ـ البيع والعارية:

العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال (مادة ٦٣٥ مدنى مصرى)[1].

وفى هذه الحالة نجد أن المعيار الذى يجب أن نركن إليه للتفرقة بين البيع والعارية هو نقل الملكية، ففى العارية ليس هناك نقل للملكية وإنما يبقى المعير مالكاً للشيء المعار، وعلى المستعير أن يحافظ عليه ويرده في نهاية العارية.

---

(١) تنص المادة ٧٢٩ موجبات وعقود على أن "قرض الاستعمال أو الإعارة هو عقد بمقتضاه يسلم شخص (يسمى المعير) شيئاً إلى شخص آخر (يقال له المستعير) كى يستعمله لحين من الزمن أو لوجه معين بشرط أن يرد إليه ذلك الشيء نفسه""وفى الإعارة يبقى المعير مالكا للعارية وواضعاً اليد عليها في نظر القانون وليس للمستعير سوى الحيازة والاستعمال"

لكن قد تختلط العارية بالبيع في الحياة العملية، وهو ما جرى عليه العمل في المجال التجارى باسم La vente avec consignation de l'emballage.

وهذه الصورة تعرض عندما يكون المبيع معبأ في أوعية خاصة تسلم إلى المشترى مقابل دفعه مبلغ معين يرد له عند قيامه برد هذه الأوعية. فهل هذا المشترى لهذه المواد المعبأة مستعير للأوعية وأن البائع معير لها، أم أنه يتملكها بمقتضى بيع هذه الأوعية له مقترناً برخصة احتمالية بردها إلى البائع مقابل استرداده ما دفعه؟

تكييف هذا العقد يتوقف على تفسير الإرادة المشتركة للمتعاقدين واقتصاديات العقد[١].

في العمل التجارى يجرى عادة النص، في الغالب من الحالات، في الشروط العامة للعقد على أن احتفاظ المشترى لهذه الأوعية يكون على سبيل العارية[٢]، مع اقترانها بصفة عامة بشرط جزائى يضمن الرد لهذه الأوعية، أو على سبيل الوديعة. وفى كلتا الحالتين ملكية الأوعية لم تنتقل إلى المشترى. لكن يمكن أيضاً أن يشكل هذا العقد بيعاً متضمناً وعداً بإعادة الشراء وبذلك تكون الملكية قد انتقلت، والمحاكم تقرر أنه في هذه الحالة الأمر يتعلق إما بعارية أو بوديعة إذا كان هناك التزام برد الأوعية من جانب المشترى وأن استعمالها كان مجانياً، وإلا تعتبره بيعاً مقترناً برخصة إعادة الشراء[٣].

٤ ـ بيع الوفاء Vente à réméré:

وبيع الوفاء صورة خاصة من البيع، فهو عقد بمقتضاه يبيع شخص شيئاً معيناً، منقول أو عقار، ويشترط فيه إمكانية استرداده في مقابل رده الثمن

---

(١) Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit, no 85 p. 69.

(٢) Civ. 1, 2 Mars 1954, D. 54. 275; J. C. P. 54. II. 8117, note J. Hémard, Rev. trim. Dr. civ. 1954, 510, note J. Carbonnier.

(٣) Com. 26 Janv. 1960, Bull III; no 36; D. 60. 400; J. C. P. 60. II. 11614.; com. 14 oct. 1974, Gaz. Pal. 75. I. 129; Rev. trim. Dro civ. 75. 323, note. G. Cornu. Rev. tri, dr. com. 75. 584, note J. Hémard.

والمصاريف خلال مدة معينة (لا تتجاوز خمس سنوات في فرنسا مادة ١٦٥٩، وثلاث سنوات في قانون الموجبات والعقود مادة ٤٧٣) [١].

وبيع الوفاء يعد وسيلة من وسائل الضمان التى تعتمد على نقل الملكية على سبيل الضمان. فالمالك يتجرد عن ملكة لدائنه، فيتملك الدائن المبيع تحت شرط فاسخ، هو أن يرد البائع الثمن والمصروفات للدائن فينفسخ العقد ويعود المبيع إلى ملك البائع بأثر رجعى [٢].

٥ـ البيع والوديعة:

الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عيناً (م ٧١٨ مدنى مصرى) [٣] وكما هو واضح من التعريف أن المعيار الفاصل والحاسم في التفرقة بيع البيع والوديعة هو نقل الملكية، حيث الوديعة تتضمن بالضرورة التزام برد الشيء الذى تسلمه المودع لديه على سبيل الوديعة، أى لم يتضمن العقد أى نقل للملكية.

لكن في الحياة العملية قد تختلط الوديعة بالبيع، ففى المجال التجارى يجرى العمل على أن تاجر التجزئة يتلقى من تاجر الجملة كمية من البضائع ويشترط عليه أنه سيبيع ما يستطيع منها ويرد له ما تبقى عنده بعد إنتهاء مدة معينة. وهذا ما كان يسميه القانون الرومانى بـ (Contrat estimatoire) aestimatum في الوقت الحاضر يسمى في بعض الأحيان "وديعة البيع "depôt – vente" فهل هذا العقد وديعة – وكالة أم أنه بيع؟ الأمر يتوقف بطبيعة الحال على تحديد ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين.

---

(١) هذه المدة كانت في التقنين المدنى المصرى السابق خمس سنوات، والتقنين المختلط سنتان. انظر السنهورى، الوسيط جـ ٤، المجلد الأول فقرة ٨٣ ص ١٥٨. وقد نصت المادة ٤٦٥ مدنى مصرى على بطلان بيع الوفاء.

(٢) انظر في تفصيل ذلك نبيل سعد، الضمانات غير المسماة، المرجع السابق، ص ٢٥٩ وما بعدها.

(٣) وتنص المادة ٦٩٠ موجبات وعقود على أن "الإيداع عقد بمقتضاه يتسلم الوديع من المودع شيئاً منقولاً ويلتزم حفظه ورده".

تذهب المحاكم في فرنسا، بصفة عامة، إلى القول بأن الأمر هنا يتعلق بعقد بيع تحت شرط فاسخ[١]، أو أنه عقد غير مسمى قريب من البيع[٢]، هذا التكييف يؤدى إلى أن تبعة الهلاك تقع على المشترى[٣] بينما في الوديعة يبقى المودع مالكاً وبالتالى تقع عليه هو تبعة الهلاك. هذا العقد لا يمكن أن يكون وديعة – مقترنة بوكالة بالبيع إلا إذا كان تاجر التجزئة ملتزماً برد البضائع غير المباعة، وفى هذه الحالة يكون البيع قد تم باسم ولحساب تاجر الجملة وهو الذى يتحمل في النهاية المخاطر التجارية للبضائع غير المباعة. فى هذه الحالة يكون العقد فى غير صالح تاجر الجملة لأن سيقع على عاتقه تبعة الهلاك بالإضافة إلى تحمل تبعة البضائع غير المباعة. أما إذا كان رد البضائع غير المباعة أمر اختيارى لتاجر التجزئة وقد قام بعمل فاتورة، فإن العقد يكون بيعاً[٤].

٦- البيع والوكالة:

الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل (م ٦٩٩ مدنى مصرى)[٥].

نستطيع من الوهلة الأولى أن نفرق بين البيع والوكالة، حيث إن البيع عقد ناقل للملكية بينما الوكالة وسيلة من وسائل النيابة في التعاقد.

ومع ذلك قد تدق التفرقة في بعض الفروض[٦] من ذلك مثلاً أن يعطى شخص لآخر مالاً يملكه لكى يتصرف فيه تصرفاً قانونياً ثم يقوم هذا الأخير

---

(١) ومع ذلك قارن حكم:
Versailles 8 nov. 1990, D. 92, som. 193 note crit. O. Tournafond.
الذى رأى فيه بيعاً معلقاً على شرط واقف.

(٢) Paris, 18 mai 1953, J. C. P. 53. II. 7776.

(٣) Paris, 12 déc. 1980, D. 81,I. R. 447, note ch. Larroumet.

(٤) Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit, no 89 p. 72.

(٥) تنص المادة ٧٦٩ موجبات وعقود على أن "الوكالة عقد بمقتضاه يفوض الموكل إلى الوكيل القيام بقضية أو بعدة قضايا أو بإتمام عمل أو فعل أو جملة أعمال أو أفعال. ويشترط قبول الوكيل" "ويجوز أن يكون قبول الوكالة ضمنيا وأن يستفاد من قيام الوكيل بها".

(٦) انظر فروض أخرى رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٤٧ وما بعدها.

ببيعه. في هذا الفرض قد يدق الأمر حول حقيقة ما يقصده الطرفان. فهل هو قام بشراء أعقبه ببيع، بمعنى أنه اشترى هذا المال من المالك ثم قام ببيعه إلى الغير أى أنه تصرف لحسابه الخاص وفى نطاق مصلحته الخاصة، أم أنه تصرف فيه بصفته وكيلاً عن البائع، فهو تصرف فيه لحساب الغير لا لحسابه الخاص. بطبيعة الحال الأمر يتوقف على تفسير إرادة المتعاقدين لتحديد قصدهما المشترك من العملية القانونية المراد إبرامها.

ـ ملحق: البيع والوصية:

الوصية ليست عقداً ولكنها تصرف بالإرادة المنفردة مضاف إلى ما بعد الوفاة. فالوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت (م١ من قانون الوصية) والوصية من أعمال التبرع.

وعلى ضوء ذلك نجد أن الوصية وإن كانت تصرف قانونى ناقلاً للحق المالى إلى الموصى له إلا أنها تختلف مع ذلك عن البيع في أن نقل الحق يتراخى إلى ما بعد موت الموصى.

كما أن نقل الحق المتراخى إلى ما بعد الموت يكون بدون عوض، أى يكون تبرعاً. علاوة على اختلاف كل منهما من حيث التكوين، فالبيع عقد أم الوصية فتصرف بالإرادة المنفردة.

وإذا كانت الفروق بين البيع والوصية واضحة وظاهرة، إلا أنه في الحياة العملية كثيراً ما يلجأ الأفراد إلى ستر وصاياهم في صورة بيوع وذلك تهرباً من بعض أحكام الوصية الآمرة والتى أهمها عدم نفاذ الوصية فيما يجاوز ثلث التركة .. والصورة العملية المألوفة يلجأ المتصرف إلى إظهار تصرفه في صورة بيع مع العمل في نفس الوقت على تحقيق هدفه من الاحتفاظ بمزايا الملكية إلى وقت الوفاة في مقابل عدم الحصول من المشترى على الثمن. وهكذا

يبدو الأمر في الظاهر على أنه بيع ولكنه في الواقع وصية مقنعة[1].

وعلى ذلك يكون لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالتصرف الحقيقى، الوصية، وأن يثبت بكافة طرق الإثبات صورية البيع الذى أضر به.

وقد وضع القانون المدنى المصرى قرينة قانونية على قيام الوصية " إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها، وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك" (م ٩١٧ مدنى).

ولكن هذه القرينة بسيطة وليست قاطعة، أى يجوز إثبات عكسها، أى إن المتصرف إليه يثبت أنه رغم توافر شروط هذه القرينة إلا أن العقد مع ذلك يعتبر عقد بيع بما يترتب عليه من آثار[2].

خطة دراسة عقد البيع:

ستركز دراستنا لعقد البيع على محورين أساسيين:

الأول: انعقاد عقد البيع.

والثانى: آثار عقد البيع، وهذا ما سيكون موضوع القسمين التاليين.

---

(١) انظر القضاء الغزير في هذا الصدد، سعيد شعلة، قضاء النقض المدنى في عقد البيع، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض في عقد البيع ١٩٣١ – ١٩٨٨ منشأة المعارف ص ١٠ وما بعدها.

(٢) في القانون اللبنانى تعتبر الوصية أيضاً من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. ويفرق قانون الموجبات والعقود بين الهبة، باعتباره عقداً ناقلاً فيما بين الأحياء، والوصية باعتبارها تصرفاً ناقلاً بالإرادة المنفردة متراخياً إلى ما بعد الموت، ولكن قد استعمل خطأ لفظ هبة بالنسبة للوصية فتنص المادة ٥٠٥ موجبات وعقود على أن "الهبات (ويقصد الوصايا) التى تنتج مفعولها بوفاة الواهب (ويقصد الموصى)، تعد من قبيل الأعمال الصادرة عن مشيئة المرء الأخيرة وتخضع لقواعد الأحوال الشخصية المختصة بالميراث" انظر أيضاً توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص ٦٨ هامش ١.

القسم الأول

انعقاد عقد البيع

عقد البيع ومبدأ سلطان الإرادة:

يخضـع عقد البيـع لمبدأ سلطان الإرادة سواء من حيث تكوينه أو من حيث آثاره. والذى يهمنا هنا مرحلة تكوين العقد. في هذه المرحلة نجد أن أولى المبادئ التى تحكم عقد البيع، هو حرية التعاقد أو عدم التعاقد. فلا يمكن أن يجبر أحد على الشراء، كما أنه لا يمكن أن يجبر أحد على البيع.والمبدأ أنه لا يوجد تعسف في استعمال حق رفض الشراء أو البيع[١]. والشق الأول، والخاص بأنه لا يمكن أن يجبر أحد على الشراء يعتبر مطلقاً، فلا يوجد أى قيد عليه من الناحية القانونية، لكن هذه الحرية في الواقع ليست إلا شكلية حيث أن هناك حاجات أساسية يلزم إشباعها من أجل البقاء. أما الشق الثانى، والخاص بأنه لا يمكن أن يجبر أحد على البيع يرد عليه استثناءات قانونية هامة، سواء لضمان حرية الأسعار، أو حرية المنافسة[٢]، أو عندما يكون المال محجوزاً عليه من جانب الدائن للحصول على حقه عن طريق التنفيذ الجبرى.

في المرحلة الأولى: وعند إبرام العقد[٣]: يسيطر مبدأ الرضائية على عقد البيع. حيث إن عقد البيع عقد رضائى يكفى فيه مجرد التراضى على العناصر الجوهرية ودون استلزام أى شكل أو إجراء آخر ليتم فوراً وبصفة نهائية. ومع

---

(١) انظر: Req 24 nov. 1924, S. 25.I. 217.
وكان يتعلق برفض بيع عقار معين، واعتبرت المحكمة أنه ليس هناك تعسفاً في استعمال حق الملكية، حيث إن المالك أعرب فقط عن رغبته بالاحتفاظ به.
Com. 5 Juil, 1994, affaire "Clochemerle" Bul. IV, 258, J. C. P. 94. II. 22323, note J. Léonnet.

(٢) حيث إن رفض البيع، أو أداء الخدمة يشكل جريمة معاقب عليها إذا كان ذلك في مواجهة مستهلك وليس لها ما يبررها من دافع مشروع "Un motif légitime" (م ٣٠ من الأمر الصادر في ١٩٨٦/١٢/١) كما أنها تعقد المسئولية المدنية لفاعلها في مواجهة المشترى إذا كان طلبات الشراء لا تمثل أى طابع غير عادى وأنها تمت بحسن نية (م ١٠/ ٢، م ٣٦/ ٢).وأعطى القانون للقاضى المستعجل سلطة إجبار البائع على البيع (م٣٦) كإصدار أمر إلى البائع بتسليم البضائع تحت التهديد بفرض غرامة تهديدية انظر
Com. 17juil 1990, Bull. IV, no 220 D. 91. 471, note P. Reynès.

(٣) A. Bénabent, op. cit, no 115 p. 78 et S.

ذلك نجد أن التشريعات الحمائية الحديثة في فرنسا أدخلت الكثير من الشكليات على العقود. فمثلاً نجد أنه في بيع العقار تحت الإنشاء في فرنسا قد فرض المشرع، (م ل ٢٦١ - ١١ من تقنين البناء والإسكان)، في نفس الوقت، إفراغ العقد في شكل رسمى acte autentique، وتضمينه عدة بيانات مخصصة لإعلام المشترى. وجعل جزاء تخلف هذه الشكلية قابلية العقد للإبطال لأن الهدف منها هو حماية المتصرف إليه وذلك عن طريق الاستفادة من الالتزام بالنصيحة الذى يقع على عاتق كاتب العدل أو الموثق[١].

كما أن التشريعات الحديثة قد عززت إعلام وإخطار المستهلك. فمثلاً نجد في فرنسا أن القانون رقم ٩٢/ ٦٠ في ١٨ يناير ١٩٩٢ قد وسع وعزز بشكل ملحوظ الشكلية المكرسة لحماية المشترى - المستهلك. فقد استلزم هذا القانون تزويد المشترى - المستهلك بالوسائل اللازمة لجعل رضاءه حر وواضح. ومن أجل ذلك قد سمح هذا القانون بالدعاية المقارنة في حدود ضيقة جداً حتى يتحقق من أمانتها (م ١٠) وأصبح كل بائع ملتزماً بأن يسلم كل من تقدم له بطلب الشراء نموذج من الاتفاقات التى يبرمها عادة، وقد حدد القانون ما يجب أن يخطر به المشترى المستهلك من جانب البائع، فيجب أن يبين له الخصائص الأساسية المميزة للمال (م٢)، ويوضح له مكونات المنتج وتعليمات استخدامه. كما يجب أن يخطره بالثمن، وشروط البيع والتسليم وإلا وقع العقد قابلاً للإبطال بالإضافة إلى الجزاء الجنائى[٢].

إدخال مهلة تروى ومهلة عدول:

في بعض أنواع البيوع نجد أن رضاء المستهلك، الضحية المفترضة نتيجة ضعفه في مواجهة البائع، واندفاعه المتزايد نتيجة الدعاية، ليس له أثر فورى. فعلاوة على الشكلية التى فرضها المشرع لإعلامه وتوضيح الأمور

(١) انظر: Collart Dutilleul,Ph. Delebecque, op.cit, no. 46 p. 41.

(٢) Ibid, no 93 p. 79.

أمامه قد فرض المشرع أيضاً مرور فترة زمنية بعد قبوله للتأكد من تروى وتدبر الأمر. بعد هذه المهلة الزمنية يصبح العقد نهائياً.

هذه المهلة قد تكون مهلة للتروى وقد تكون مهلة للعدول.

مهلة العدول: في فرنسا مثلاً نجد أن قانون ٢٢ ديسمبر ١٩٧٢ والخاص بالبيع الناشئ عن التسويق في المنازل قد أعطى المشترى، في بيوع الأموال التى لها طابع شخصى أو عائلى، حق العدول عن العقد في خلال مدة سبعة أيام عن طريق خطاب موصى عليه بعلم الوصول (م. ل. ١٢١ ـ ٢٥ الفقرة الأولى والثانية من تقنين الاستهلاك) وقد تم تسهيل استعمال هذه الرخصة عن طريق تسليم الزامى لورقة منفصلة معدة لهذا الغرض (م. ل. ١٢١ ـ ٢٣ من نفس التقنين) كما أن المشرع عزز هذه الحماية بالحظر الذى فرضه على البائع بعدم تلقى مقابل أو أى تعهد قبل انتهاء هذه المهلة (م. ل. ١٢١ ـ ٢٦ من نفس التقنين) والالتزام بذكر ذلك، بالإضافة إلى الجزاء الجنائى المقرر لمخالفة هذا الحظر.

وقد فرض المشرع قواعد مماثلة في مجال "البيع بالتليفزيون – Télé achat و"البيع بالتليفون" أو أى جهاز مماثل (قانون ٦ يناير ١٩٨٨، المادة ل. ١٢١ ـ ١٦ من تقنين الاستهلاك"[1].

في نفس هذا الإطار نجد أن قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ والمسمى بقانون Scrivener 1 قد أنشأ مهلة للعدول قدرها ٧ أيام بعد قبول الإيجاب المتضمن ائتماناً (مادة ل. ٣١١ ـ ١٥ من نفس التقنين) وهذا النص يتعلق بصفة أساسية بإبرام عقد القرض، لكن مع ذلك نجد أن عقد البيع يفسخ بقوة القانون في حالة

---

(١) انظر:
Civ. 1, 30 mars 1994, Bull. I. No 131: D. 94, som. 235,note o. Tournafond.
وهذا الحكم اعتبر أن مجرد التسويق لدى المشترى قد تم عن طريق التليفون فإنه بذلك يخضع لقانون ١٩٧٢ حتى ولو تم البيع بعد ذلك في محلات البائع، انظر
J. Huet, op. cit no 11164 p. 110 et S; A. Bénabent, op. cit, no 109 p. 75.

عدول المقترض عن إبرام القرض (مادة ل. ٣١١ ـ ٢٥) وقد حظر القانون على البائع تلقى أى مبلغ أو وديعة من حساب الثمن المستحق الدفع نقداً، طالما ما زال هناك عدم تيقن (مادة ل. ٣١١ ـ ٢٧ من نفس التقنين) وأى مخالفة لهذا الحظر يجعل البائع يقع تحت طائلة جزاءات جنائية (م ٢٥).

علاوة على ما تقدم نجد أن المشرع قد شبه البيع بالتقسيط (وهو ائتمان ممنوح من البائع نفسه) والبيع الإيجارى أو الإيجار المتضمن وعداً بالبيع بالقرض، وبالتالى يجب أن تتضمن هذه العقود نفس مهلة العدول (م ٢).

والمقترض في كل هذه الحالات يمكنه أن يطلب خفض المدة التى يستعمل فيها رخصة العدول وحتى تاريخ التسليم ولكن يجب أن يتم ذلك طبقاً لشكلية دقيقة وبشرط ألا تتجاوز سبعة أيام ولا تقل عن ثلاثة أيام (مادة ل. ٣١١ ـ ٢٤ من نفس التقنين) [١].

---

(١) نجد أن المادة ١٢ من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ تنص على أنه "على المشترى أن يطلب، عن طريق طلب صريح ومكتوب ومؤرخ وموقع من جانبه، التسليم أو التوريد المباشر للمال أو القيام بالخدمات المطلوبة" واللائحة التنفيذية لهذا القانون قد حددت الألفاظ التى يجب أن يكتبها المشترى على النحو التالى "أطلب تسليمى فوراً (أو استفادتى الفورية من الخدمات المطلوبة) وأقر بأنه تم إخطارى بأن هذا الطلب يترتب عليه تخفيض المدة القانونية للعدول. وأن هذه المدة ستنتهى بيوم تسليم المال (أو بتنفيذ الأداء) ودون أن تقل عن ثلاثة أيام ولا تزيد عن سبعة أيام" وهذه ليست مجرد توجيهات إنما عدم احترام هذه الشكلية حرفياً يؤدى إلى عدم إنقاص المدة انظر في ذلك:

Civ. 1, 31 mai 1988, Bull. I. No 166, D., 88, som. 405, note J. L. Aubert,J. C.P. 78. IV. 227.

وهذا الوضع أيضاً بالنسبة لقانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ والمسمى بقانون Scrivener II والخاص بحماية المستهلك في مجال الائتمان العقارى انظر:

F.Collart. Dutilleul, Ph. Delebecque, o;, cit, no 49 p. et s.; ph – Malaurie, L. Aynès, op. cit; no 100 p. 76.

وانظر دراسة تفصيلية وتحليلية لكل هذه المستجدات وأثرها على أحكام القانون المدنى نبيل سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، السابق الإشارة إليه ص ٨٢ وما بعدها، ودراسة انتقادية لها ص ٩١، وتحديد مدى هذا الأثر ص ٩٤، ودراسة تفصيلية لأثر هذه التشريعات على مركز المتعاقدين، وعلى نظام القرض ص ١٣١ وما بعدها.

وأخيراً جاء قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ والمسمى بقانون Neiertz والخاص بوقاية وعلاج العقبات الناشئة عن الإسراف في الاستدانة من جانب الأفراد العاديين والأسر في فرنسا لينص على مهلة عدول قدرها سبعة أيام لكل عقد عرفى محله اكتساب، أو إنشاء عقار جديد للسكن، أو الاكتتاب في أسهم بغرض التخصيص للانتفاع أو للملكية في عقارات جديدة للسكن (مادة ل. ٣٣٢ ـ ٣ من تقنين الاستهلاك) [(١)].

مهلة التروى:

تنص المادة ١/٧ من القانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ والمسمى بقانون Scrivener II والخاص بحماية المقترضين في مجال الائتمان العقارى قد نصت على أن تسليم العرض بالقرض يلزم المقرض بالإبقاء على الشروط خلال مدة لا تقل عن ٣٠ يوماً. كما أن المادة ٩ من هذا القانون أعطت للمتصرف إليه المحتمل عندما يحتاج للاقتراض مهلة مدتها عشرة أيام للتروى قبل قبول عرض الائتمان. كما أن قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ يفرض على المقترض الإبقاء على عرضه المسبق خلال مدة خمسة عشر يوماً.

وكل ذلك بطبيعة الحال له تأثير مباشر على عقد البيع الذى خصص القرض لتمويله حيث أن هذا البيع لا يصبح نهائياً إلا بعد القبول النهائى للقرض. كما أن هناك تبعية متبادلة بين العقدين كما سنرى.

وتنطبق نفس هذه القواعد على البيع الإيجارى، والإيجار المتضمن وعداً بالبيع (مادة ل. ٣١٢ ـ ٢٤ إلى ٣١٢ ـ ٣١ من تقنين الاستهلاك) وكذلك تنطبق على إيجار الأشغال طبقاً لقانون ١٢ يوليو ١٩٨٤.

في المرحلة الثانية: بالنسبة لمضمون أو محتوى العقد: الأصل أن للأطراف مطلق الحرية في تحديد مضمون عقد البيع، بمعنى أنهم أحرار في تحديد

---

(١) انظر دراسة تفصيلية لهذا القانون نبيل سعد، نحو قانون للإفلاس المدنى، دار المعرفة الجامعية ١٩٩١ ص ٥٣ وما بعدها. انظر
F. Collart, no 48 p. 43; Ph. Malaurie, no 100 p. 77.

حقوقهم والتزاماتهم الناشئة عن العقد.

ومع ذلك نجد أن بعض التشريعات الحمائية في مجال الائتمان قد فرضت تضمين عقد البيع عدة شروط وخاصة بعدما فرض المشرع علاقة تبعية متبادلة بين عقود الائتمان وعقد البيع على نحو ما سنرى فيما بعد.

فمثلاً في فرنسا قانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ والخاص بحماية المستهلك في مجال الائتمان العقارى اعتبر هذه الحماية متعلقة بالنظام العام ولكن اشترط للاستفادة منها كتابة المستهلك بخط يده عدة بيانات في عقد البيع ذاته (انظر المادة ١٨ من هذا القانون).

كما أن قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ والخاص بوقاية وعلاج العقبات الناشئة عن الإسراف في الاستدانة من جانب الأفراد العاديين والأسر حاول أن يجنب أى فرد أو أسرة الارتباط بعقود تتجاوز إمكانياتهم المالية[1]. فالمشرع يحث المستهلك على الدفع نقداً مع خصم في الثمن والذى يقع على عاتق البائع التزام بتنظيمه (مادة ١/٤ من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨) كما أن هذا القانون فرض أو منع اشتراط شروط معينة. فمثلا المادة ٥ من هذا القانون فرضت تسليم المشترى عن طريق الائتمان عرض مكتوب متضمناً محتوى محدد بدقة. كما أن مرسوم ٢٤ مارس ١٩٧٨ فرض على البائع الذى يقترح ضمان عقدى لعيوب الشىء المبيع أن يذكر صراحة في العقد أن المستهلك يستطيع في جميع الحالات التمسك بالضمان القانونى للعيوب الخفية. كما أن هذا القانون حاول أن يطهر العقود من الشروط التعسفية بأن اعتبرها غير مكتوبة (م ٣٥ وما بعدها) وقد خول المشرع لجنة الشروط التعسفية السلطة التنظيمية في تحديد ما يعتبر شروط تعسفية. ثم صدر بعد ذلك قانون ١٠ مارس ١٩٩٣ قد اعترف أيضاً بطريقة ضمنية وغير مباشرة بسلطة القاضى في تكييف الشرط التعسفى. وأخيراً جاءت توجيهات مجلس الاتحاد الأوروبى في ٥ أبريل ١٩٩٣ لتفرض

---

(١) انظر نبيل سعد، نحو قانون للإفلاس المدني، السابق الإشارة إليه، ص ٩٨ وما بعدها.

على الدول الأعضاء تقريب تشريعاتها في مجال الشروط التعسفية التى يبرمها المستهلكين. وهذه التوجيهات حددت أنه يمكن اعتبار تعسفياً كل شرط لم يكن محل مفاوضات فردية بين المهنى والمستهلك والذى تم اشتراطه للإضرار بهذا الأخير ونتج عنه عدم تعادل واضح بين حقوق والتزامات الأطراف الناشئة عن العقد(1).

وبالمثل نجد أن قانون ٢٩ يونيو ١٩٣٥ قد قرر حماية خاصة للمتصرف إليه في المحل التجارى. فقد فرضت المادة ١٢٥ منه على المتصرف التزام بالتبصير والذى يترجم بتضمين عقد البيع عدة معلومات إلزامية. وقد نص القانون على هذه البيانات(2) كما نص على عدة جزاءات عند عدم دقة هذه البيانات وكذلك عند عدم ذكرها(3).

- في مجال مبدأ نسبية أثر العقد: الأصل أن العقد لا يلزم إلا أطرافه، وبالتالى فإن هذا العقد لا يمكن أن ينشىء على عاتق الغير التزام ولا يمكن -من حيث المبدأ - أن يكسب الغير حقاً.

كما أن الأصل عندما يبرم الشخص عدة عقود يظل كل عقد مستقل عن الآخر حيث لا توجد أدنى رابطة بينهما. فمثلاً لو اقترض شخص من أجل شراء منزل أو بناء منزل، فإن عقد القرض يبقى مستقلاً عن عقد البيع أو عقد المقاولة.

ومع ذلك فإن التشريعات الحمائية قد فرضت علاقة تبعية متبادلة بين عقد القرض وعقد البيع، وبين عقد القرض وعقد التأمين على سبيل الضمان. كما أن قانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ قد فرض فكرة التضامن بين القروض المختلفة

---

(١) انظر في تفصيل ذلك
F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, op. cit, no 97 p. 82 et s.
وانظر في التعليق على التعديلات التى أدخلها المشرع الفرنسى على القانون الداخلى نتيجة توجيهات مجلس الاتحاد الأوروبى قانون أول فبراير ١٩٩٥.
Rev. trim. Dr. civ. (2) avr. Juin 1995 p. 360 et S., et p. 437 et S.

(٢) انظر: . Collart.Dutilleul,Ph. Delebecque, op. cit, no 54 p. 48.

(٣) Ibid, no 55 p. 48.

بشرط بلوغها نسبة مئوية معينة واتصالها بعلم كل المقترضين في مثل هذه الحالة يكفى المستهلك - المقترض أن يفشل أحد هذه القروض لتنهار العملية التعاقدية في مجموعها.

وقد تترتب على التبعية المتبادلة بين عقد القرض وعقد البيع أنه في حالة عدم تمكن المشترى من الحصول على القرض يفسخ على الفور عقد البيع. كما أن المادة ٢/٩ من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ ترخص للمقترض بأن يطلب وقف عقد الائتمان في حالة المنازعة في تنفيذ العقد الرئيسى. والمادة ٢٠ من قانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ تعطى له نفس الحق في حالة المنازعة في تنفيذ الأعمال أو المبنى العقارى. كما أن عقد القرض ينفسخ إذا لم يلق المقترض قبولاً من جانب المؤمن في حالة إبرام عقد قرض مقترن بعقد تأمين على سبيل الضمان(١).

خطة الدراسة:

إن جوهر عقد البيع ومناطه التراضى، وأن هذا التراضى ينصب على المبيع والثمن. ولذلك سوف ترتكز دراستنا لعقد البيع على ثلاثة أركان، الفصل الأول التراضى، الفصل الثانى، الشىء المبيع، الفصل الثالث، الثمن. وهذا هو موضوع الباب الأول. وفى الباب الثانى ندرس صور خاصة للبيع.

---

(١) انظر تفصيل ذلك نبيل سعد نحو قانون خاص بالائتمان السابق الإشارة ص ١٣١، وبصفة خاصة ص ١٤٠ وما بعدها.

الباب الأول
أركان عقد البيع وشروط صحته

لكى ينعقد البيع صحيحاً يجب أن يستجمع ثلاثة أركان، الركن الأول، وهو التراضى، والركن الثانى، الشىء المبيع، والركن الثالث الثمن، ولنرَ ذلك بالتتابع.

الفصل الأول
التراضـــى

ولدراسة التراضى في عقد البيع باعتباره جوهره ومناطه يجب أولاً أن نعرض لوجود التراضى، ثم نبين بعد ذلك صحة هذا التراضى.

المبحث الأول
وجود التراضى

في هذا المبحث نعرض باختصار لكيف يتم التراضى بوجه عام، ثم نبين بعد ذلك بشىء من التفصيل صور هذا التراضى في مجال عقد البيع، وكذلك الأشكال الخاصة لعقد البيع. ولنر ذلك بشىء من التفصيل.

المطلب الأول
كيف يتم التراضى بوجه عام؟

في هذا المطلب سوف نقف على عناصر هذا التراضى من إيجاب وقبول، ثم نبين بعد ذلك موضوع هذا الإيجاب وذلك القبول، أى المسائل الجوهرية لعقد البيع دون المسائل التفصيلية، وأخيراً نتكلم عن اقتران الإيجاب والقبول لتحديد مكان وزمان انعقاد العقد.

أولاً: الإيجاب والقبول:

يجب لوجود التراضى أن يعبر شخص عن إرادته في إحداث أثر قانونى معين في العلاقة بينه وبين شخص آخر، وأن تتلاقى هذه الإرادة مع

إرادة مطابقة لها، أى متجهة إلى إحداث الأثر نفسه وصادرة ممن وجهت إليه الإرادة الأولى، بحيث يتحقق التطابق بين الإرادتين. الإيجاب والقبول.

١- الإيجاب في عقد البيع:

نحن نعلم أن الإيجاب هو العرض الصادر من شخص يعبر به على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد[١].

- وعلى ذلك يجب لكى يكون هناك إيجاب في عقد البيع أن يكون التعبير عن الإرادة باتاً وجازماً في دلالته على إرادة التعاقد. بمعنى آخر يجب ألا يقصد به صاحبه استطلاع رأى الطرف الآخر فيما يدعو إليه من تعاقد، إذ يكون ذلك دعوة إلى التعاقد، ودعوة إلى الدخول في مفاوضات. مثال ذلك أن ترسل منشورات تتضمن الإعلان عن بعض السلع دون تحديد أى سعر لها، أو عرض البضائع في واجهات المحلات أو بداخلها دون ذكر أى سعر لها[٢].

وإذا ترتب على هذه الدعوى الدخول في المفاوضات، فأن هذه المفاوضات قد تطول وقد تقصر، وقد تنتهى إلى عرض بات من أحدهما، أى إيجاب يقبله الطرف الآخر فينعقد العقد، وقد تقطع المفاوضات دون أن تنتهى إلى شيء. والقانون لا يرتب في الأصل على قطع المفاوضات أثراً قانونياً، لكن هذا العدول عن المفاوضات قد يرتب مسئولية على من قطعها إذا اقترن هذا العدول بخطأ تقصيرى.

---

(١) انظر نقض ١٩٦٩/٦/١٩ مجموعة أحكام النقض، س ٢٠ ص ١٠١٧.

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى يتضمن حكماً خاصاً لهذه الصورة في المادة ١٤٣ من حيث كانت تنص على أن "١ - يعتبر عرض البضائع مع بيان أثمانها إيجاباً" "٢- أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً، وإنما يكون دعوى إلى التفاوض"وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة. انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٤٥، قارن نقض ١٩٧٤/١٢/٣ مجموعة أحكام النقض، س ٢٥ ص ٤٩٢.

والتحقق مما إذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً أو مجرد دعوة إلى التعاقد يعتبر من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع بغير رقابة عليه من محكمة النقض (التمييز) وفقاً لظروف كل حالة على حدة.

وكون التعبير باتاً في دلالته على إرادة التعاقد لا يتعارض مع تعليقه على شروط صريحة أو ضمنية. فمثلاً إذا أعلن تاجر عن بيع بضاعة معينة بثمن معين على شرط عدم ارتفاع الأسعار أو عدم نفاذ الكمية فإذا ما تم القبول قبل تغير الأسعار أو عدم نفاذ الكمية فإن العقد ينعقد باقترانه بالإيجاب.

- ويجب لكى يكون هناك إيجاب في عقد البيع يجب أن يكون التعبير عن الإرادة كاملاً، بمعنى أن يتضمن الإيجاب المبيع والثمن، أى العناصر الجوهرية لعقد البيع. وهذا الشرط منطقى حيث إن انعقاد العقد يتحقق مثلاً في التعبير عن إرادتين متطابقتين، فبالتالى يجب أن يتضمن الإيجاب العناصر الأساسية لعقد البيع بحيث إذا ما صادفه قبول مطابق له انعقد العقد.

المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية:

يتضح مما سبق أنه يكفى في الإيجاب في عقد البيع أن يتضمن العناصر الأساسية للعقد وبالتالى لا يشترط أن يتضمن الإيجاب كافة شروط العقد، وبصفة خاصة المسائل التفصيلية.

فيكفى أن يعين الشىء المبيع والثمن تعييناً كافياً في العرض المقدم من البائع ولا يلزم أن يتضمن كافة شروط العقد المراد إبرامه، فلا يلزم تحديد مكان وزمان التسليم ونفقاته مثلاً، ويجب أن يتوافر في هذه العناصر الجوهرية الشروط العامة السابق دراستها في نظرية الالتزام. وسوف نزيد دراسة هذه العناصر الأساسية إيضاحاً فيما بعد.

٢- القبول في عقد البيع:

القبول هو التعبير عن الإرادة، والمطابق للإيجاب، الصادر عن الشخص الذى تلقى الإيجاب. فالقبول هو الإرادة الثانية التى يتم بها العقد.

هذا القبول باعتباره تعبيراً عن الإرادة فإنه يلزم بشأنه جدية هذه الإرادة واتجاهها إلى ترتيب أثر قانونى. كما أن هذا القبول قد يكون صريحاً أو ضمنياً، كما أن السكوت لا يعتبر قبولاً إلا إذا كان موصوفاً، أو اقترن بملابسات تكشف دلالته في القبول.

- يجب أن يكون القبول في البيع مطابقاً للإيجاب. وهذا منطقى حيث إن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين.ومعنى هذا التطابق هو أن كل مسألة وردت في الإيجاب يجب أن تصادف القبول من الطرف الآخر.

يترتب على ذلك عدة أمور، الأمر الأول، أنه لا يجوز أن يتضمن القبول أى زيادة أو نقص أو تعديل للإيجاب. فإذا تضمن شيئاً من ذلك كان رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً لا ينعقد العقد إلا بقبوله ممن وجه الإيجاب الأول.

الأمر الثانى، يتعين أن يطابق القبول الإيجاب في كل مسألة وردت فيه سواء كانت جوهرية أو ثانوية ما دامت مذكورة في الإيجاب. فيجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب بصدد الشىء المبيع، فإذا كان أحدهما يقصد أن يبيع منزلاً معيناً ويقصد الطرف الآخر شراء منزل آخر فإن العقد لا ينعقد لعدم تطابق القبول للإيجاب. كما يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب بصدد الثمن. ولذلك يجب أن يكون الثمن محدداً أو قابلاً للتحديد، أى هناك أسس يمكن تعيين الثمن طبقاً لها بالنسبة للطرفين. فإذا لم تتلاقَ الإرادتان حول الثمن المحدد، أو لم يتفق على أسس تعيينه فإن العقد لا ينعقد.

الأمر الثالث، إذا اتفق الطرفان على الشىء المبيع والثمن، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، كتحديد زمان ومكان التسليم ونفقاته مثلاً، اعتبر العقد قد تم. وإذا قام خلاف على هذه المسائل فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة (م ٩٥ مدنى مصرى).

- يجب أن يتم قبول البيع في خلال الفترة التى يكون فيها الإيجاب قائماً، لأنه لو صدر القبول بعد سقوط الإيجاب فلا ينعقد العقد، وإنما يعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول من الموجب الأول. ولنفهم هذه القاعدة يجب أن نفرق بين ما إذا كان البيع قد تم بين حاضرين أم بين غائبين:

فإذا كان البيع بين حاضرين، فإن الإيجاب الصادر لشخص حاضر، إذا لم يتضمن تحديداً لميعاد القبول، يسقط بعدول البائع طالما أن هذا العدول قد صدر قبل قبول المشترى لـه. أما إذا لم يعدل البائع عن إيجابه فالإيجاب لا يسقط من تلقاء نفسه لمجرد أن القبول لم يصدر فوراً، بل يبقى الإيجاب قائماً إلى أن ينفض مجلس العقد حقيقة أو حكماً.

أما في البيع بين غائبين، فإنه يجب أن يتم قبول المشترى خلال الميعاد، الصريح أو الضمنى، الذى يلتزم فيه البائع بالإبقاء على إيجابه، ويجب أيضاً أن يتصل بعلم البائع خلال هذا الميعاد. فإذا لم يتصل القبول بعلم البائع إلا بعد انتهاء الميعاد في القانون المصرى، فإن العقد لا ينعقد. هذا القبول المتأخر يمكن أن يعتبر إيجاباً جديداً للبائع حرية قبولـه أو رفضه، فإذا قبلـه فإن العقد لا ينعقد إلا إذا اتصل هذا القبول بعلم المشترى في القانون المصرى.

لكن يجب أن يلاحظ أنه إذا صدر القبول من المشترى في وقت مناسب بحيث كان يصل بحسب المألوف قبل انتهاء ميعاد الالتزام بالإيجاب إلى البائع، ولكنه تأخر في الطريق فوصل بعد الميعاد، وعلم البائع بكل ذلك وسكت، فيعد سكوته قبولاً للإيجاب الجديد، لأن مقتضيات حسن النية تفرض على البائع في هذه الحالة أن يخطر المشترى بتأخر قبولـه، وبالتالى عدم انعقاد العقد، وذلك إذا لم يشأ أن يقبل هذا الإيجاب الجديد.

- حرية القبول أو الرفض كأصل عام:

- والأصل هو حرية الإنسان في أن يتعاقد أولا يتعاقد، وعلى ذلك فمن يرفض إيجاباً وجه إليه لا يكون مسئولاً عن هذا الرفض ولا يجوز البحث في بواعثه.

وهذا ما أكدته بعض التقنينات العربية، مثال ذلك المادة ١٨١/ ١ موجبات وعقود لبناني بنصها على أن "من يوجه إليه العرض يكون في الأساس حراً في الرفض ولا يتحمل تبعة ما لامتناعه عن التعاقد".

لكن إذا كان الموجب له هو الذى دعا الموجب إلى التعاقد، كالتجار يوجهون النشرات والإعلانات إلى الجمهور، فإذا استجاب أى شخص لهذه الدعوة إلى التعاقد فإن الاستجابة تكون إيجاباً يستلزم قبولاً ممن وجه الدعوة للتعاقد حتى ينعقد العقد. فإذا رفض من وجه الدعوة إلى التعاقد وجب أن يكون هذا الرفض مبنياً على مبرر مشروع وإلا كان متعسفاً في هذا الرفض فيسأل عن تعويض الضرر الناتج عنه.

وهذا ما أكدته المادة ١٨١ / ١ موجبات وعقود لبنانى. بقولها "بيد أن الأمر يكون على خلاف ذلك (المبدأ المقرر في الفقرة الأولى) إذا أوجد هو نفسه حالة من شأنها أن تستدرج للعرض (كالتاجر تجاه الجمهور أو صاحب الفندق وصاحب المطعم، أو رب العمل تجاه العمال) ففى هذه الحالة يجب أن يسند امتناعه عن التعاقد إلى أسباب حرية بالقبول وإلا كان امتناعه استبدادياً وجاز أن تلزمه التبعة من هذا الوجه"[1].

ثانياً – اقتران الإيجاب بالقبول:

وعلى ذلك لا يكفى مجرد تطابق الإيجاب والقبول وإنما يلزم علاوة على ذلك اقتران الإيجاب بالقبول وذلك حتى ينعقد العقد[2] وتلاقى الإيجاب

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن حكماً مماثلاً نصت عليه المادة ١٣٦ من المشروع، مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٤٥ ـ ٤٦.

(٢) نقض ١٩٥٠/١/١٩ الطعن رقم ٨٨ لسنة ١٨ق، سعيد شعلة، السابق الإشارة إليه، ص ٤٦.

بالقبول هو الذى يحدد الوقت الذى ينعقد فيه العقد، وكذلك مكان هذا الانعقاد. وهنا سندرس القاعدة العامة، ثم بعد ذلك نعرض لبعض التطبيقات.

١- القاعدة العامة في زمان ومكان انعقاد عقد البيع:

لتحديد زمان ومكان انعقاد عقد البيع يجب التفرقة بين: البيع بين حاضرين، والبيع بين غائبين.

أ – في البيع بين حاضرين:

- فمن حيث زمان انعقاد العقد: فإن عقد البيع ينعقد في الزمان الذى يقترن فيه القبول بالإيجاب القائم في مجلس العقد، سواء كان هذا التعاقد قد تم بين عاقدين موجودين في المكان نفسه والزمان، أو كان التعاقد قد تم عن طريق الهاتف أو أى وسيلة مشابهة تسمح بأن يسمع أحد المتعاقدين الأخر مباشرة وفى الوقت نفسه، أى دون فاصل زمنى بين الإيجاب والقبول.

- من حيث مكان انعقاد العقد: فإنه يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: حالة تواجد المتعاقدين حقيقة في مجلس العقد فإن اقتران القبول بالإيجاب القائم في هذا المجلس هو الذى يحدد هذا المكان. فإذا كان مجلس العقد في الإسكندرية يكون مكان انعقاد العقد الإسكندرية.

الفرض الثانى: التعاقد عن طريق الهاتف أو أية وسيلة مشابهة، حيث إن هذا التعاقد اعتبر تعاقداً بين حاضرين لوجود الاتصال المباشر بين العاقدين بالرغم من ذلك فإنه يباعد بينهما المكان، فهناك انفصال في المكان بين مكان البائع ومكان المشترى. ولتحديد مكان انعقاد العقد يجب أن تطبق القاعدة العامة وهو أن العقد ينعقد في المكان الذى يوجد فيه الموجب.

وعلى ذلك فأن العقد ينعقد حين يتصل القبول بعلم البائع إذا كان هو الموجب (ولنفرض أنه موجود بالإسكندرية) إذ هنا تنعقد عقدة العقد، ويكون مكان انعقاد العقد المكان الذى يوجد فيه البائع (أى الإسكندرية) أى المكان الذى يوجد فيه الموجب.

ب ـ في البيع بين غائبين:

البيع بين غائبين هو البيع الذى يتم بين شخصين يباعد المكان بينهما، ويفصل الزمن بين إيجاب أحدهما وقبول الآخر، وبذلك تمضى فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم البائع بـه. هذا الفاصل الزمنى هو المميز الحاسم بين البيع في حضور الطرفين والبيع في غيابهما. ومن صور التعاقد بين غائبين البيع بالمراسلة، أى الذى يتم عن طريق رسول أو رسالة أو عن طريق البرق أو أية وسيلة أخرى مشابهة من وسائل الاتصال الحديثة التى لا تسمح بالاتصال المباشر بين البائع والمشترى ويستلزم لذلك مضى فترة من الزمن بين الإيجاب والقبول.

في القانون المصرى: القاعدة أنـه "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى بغير ذلك" "ويفترض أن الموجب قد عَلم بالقبول في المكان وفى الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول" (م ٩٧ مدنى مصرى).

٢ـ تطبيقات خاصة: البيوع التى تتم عن طريق الإعلان:

وهذه البيوع تأخذ عدة صور، وكل صورة لـها حكم خاص بها.

أ – الإعلان المباشر عن البضاعة بطريق عرض البضائع:

في هذه الحالة يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول إذا كانت البضائع معروضة دون أثمان:

في هذه الحالة لا يعدو الأمر أن يكون دعوة إلى التعاقد. ولذلك عندما يدخل العميل إلى المحل ويطلب هذه البضاعة سوف يسأل عن مواصفاتها وأسعارها ثم بعد ذلك يعرض عرضاً على البائع يتضمن عناصر الإيجاب فإذا عدل فيه صاحب المحل أصبح هذا إيجاب جديد وهكذا دواليك إلا أن يستقر الأمر على عرض من أحدهم يقبلـه الطرف الآخر وفى هذه الحالة ينعقد العقد.

وبذلك يتحدد زمانه ومكانه. وهذا التعاقد صورة من الصور التعاقد بين حاضرين.

في هذه الحالة لا يجوز للبائع أن يرفض الإيجاب الذى تقدم به المشترى إلا إذا كان لديه مبرر مشروع وإلا يكون متعسفاً في هذا الرفض فيسأل عن تعويض الضرر الناتج عنه. ويرجع ذلك إلى أنه يعرض البضائع في واجهة المحل يكون بذلك قد دعا الجمهور واستحثه على الإيجاب، فإذا استجاب أى شخص لهذه الدعوة إلى التعاقد وكانت هذه الاستجابة تمثل إيجاباً وجب على التاجر قبول هذا الإيجاب وبالتالى ينعقد العقد، كل ذلك ما لم يكن لديه أسباب معقولة للرفض.

الفرض الثانى: إذا كانت البضائع معروضة مع أثمانها

سواء كان هذا العرض في واجهات المحلات التجارية أو بداخلها. في هذه الحالة نكون أمام إيجاب تام بحيث إذا ما صادفه قبول انعقد العقد. وهذا الإيجاب يظل قائماً طالما بقيت البضائع معروضة وعليها أثمانها. لكن يستطيع البائع أن يعدل هذا الإيجاب طالما لم يتصل بعلم أحد وذلك عن طريق تغيير بطاقات الثمن أو حتى رفعها كلية قبل أن يتقدم إليه أحد للشراء. وهذا العرض يعتبر تعبيراً صريحاً عن الإرادة باتخاذ موقفاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود وينتظر قبولاً مطابقاً حتى ينعقد العقد. وهذا التعاقد يعتبر أيضاً صورة من صور التعاقد بين حاضرين يتحدد زمان ومكان انعقاد العقد، بالوقت الذى تم فيه هذا التلاقى بين الإرادتين وبالمكان الذى يوجد فيه كل من البائع والمشترى.

ب ـ الإعلان المباشر عن البضائع عن طريق النشرات أو وسائل الإعلام:

إن تطور وسائل الاتصال قد صاحبه تطور مماثل في وسائل البيوع التى تتم عن بعد. وينصرف ذلك إلى البيع بالمراسلة وعن طريق النشرات والكتالوجات والإعلانات في الصحف، والبيع عن طريق التليفزيون أو أى وسيلة حديثة أخرى مشابهة.

ابتداء يجب أن نشير إلى أنه إذا كانت كل الوسائل التى تعلن عن البضائع لم تبين أثمانها. فإن هذا لا يعدو أن يكون إعلاناً عن هذه البضائع. أما إذا كانت هذه الوسائل التى تعلن عن البضائع تتضمن أثماناً للبضائع المذكورة في الإعلان فإننا نكون بصدد إيجاب ملزم طوال المدة المحددة في الإعلان، أو المدة المعقولة التى تستخلص من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة، أو حتى نفاذ الكمية المعلن عنها.

وبناء على ذلك عندما يعلن شخص عن رغبته عن شراء أحد هذه البضائع الواردة في وسائل الإعلان المختلفة يكون ذلك قبولاً ينعقد به العقد طالما صدر واتصل بعلم البائع خلال الميعاد المحدد على النحو السابق. ولا يجوز للبائع أن يتملص من هذا العقد تحت أى ذريعة كانت، كأن يدعى تغير الأسعار بالارتفاع بعد الإعلان عن هذه البضائع أو غير ذلك من أسباب.

لكن إذا وصل القبول إلى التاجر بعد المدة المحددة في وسيلة الإعلان، أو المدة المعقولة على النحو السابق بيانه عند عدم تحديد مدة، أو بعد نفاذ كمية البضاعة التى كان يعلن عن بيعها فإنه يعتبر قبولاً متأخراً لا ينعقد به العقد وإنما يمكن أن يعتبر إيجاباً جديداً موجه إلى البائع يكون له حرية قبوله أو رفضه.

ويجب أن يكون القبول الصادر من المشترى مطابقاً تماماً للإيجاب، أى كل مسألة وردت في الإيجاب يجب أن تصادف القبول من المشترى، وبناء عليه إذا كان الإيجاب في وسيلة الإعلان قد تضمن طريقة معينة للوفاء بالثمن، كتقسيطه مثلاً، أو تأجيل دفع الثمن كله أو بعضه وصدر القبول من المشترى على هذا النحو فإن البائع يلتزم بذلك ولا يجوز له التنصل منه. كما أنه إذا أعلن التاجر في وسيلة الإعلان عن بضائع غير موجودة عنده أو عن بضائع في

طريقها إلى النفاذ وصدر قبول مطابق لهذا الإيجاب في الميعاد فإن البائع يلتزم في هذه الحالة بتوريد هذه البضائع بأية كيفية كانت ولا يجوز له التذرع بعدم وجود رصيد منها عنده أو غير ذلك لأنه كان عالماً بموقفه التجارى تماماً وقت الإعلان.

هذا التعاقد في جميع صوره يعتبر تعاقد بين غائبين ويخضع لقاعدة تحديد زمان ومكان العقد على النحو السابق بيانه.

حماية المستهلك في هذه الصورة من التعاقد:

حماية المستهلك هى الشغل الشاغل للمشرع في الدول المتقدمة في الوقت الحاضر. وقد استدعى ذلك شبكة من التشريعات تتضمن الكثير من النصوص الآمرة والمقترنة بجزاءات جنائية. وحماية المستهلك في مجال البيع عن بعد أو البيع في المنزل أخذت، في فرنسا مثلاً، عدة صور. فمنها ما يتعلق بوضع القيود على إعداد الفيش الخاصة بالعملاء المحتملين وذلك تحت رقابة اللجنة القومية للمعلوماتية والحريات. كما أن القانون الجنائى قد تضمن جزاءات جنائية لمرسلى النشرات الإجبارية فتنص المادة (٤٠ – ١٢ من التقنين الجنائى الفرنسى على عقوبة جنائية على كل من يرسل أى شىء إلى المرسل إليه دون طلب مسبق منه ويصحبه برسالة تشير إلى إمكانية قبوله مقابل دفع ثمن معين، أو إرساله إلى المرسل، حتى ولو كان هذا الإرسال دون أية مصاريف على المرسل إليهم" كما أن هذه الحماية تم تنظيمها بطريقة مباشرة من خلال تبصير المستهلك أولاً ثم ترويه ثانياً على النحو السابق بيانه علاوة على أن الثمن يجب ابلاغ المستهلك به بطريقة محددة قبل إبرام العقد[1]. ويجب أيضاً على المهنى أن يبين للمستهلكين اسمه ومعاونيه المحددين (م٥ من قانون ١٨ يناير ١٩٩٢) وإلا يقع تحت طائلة العقاب (مرسوم ٩ ديسمبر

---

(١) انظر في فرنسا القرار الصادر في ٣ ديسمبر ١٩٨٧ والخاص بإعلام المستهلك عن الثمن، الجريدة الرسمية ١٩٨٧/١٢/١٠.

١٩٩٢) علاوة على حق العدول الذى أعطاه المشرع للمستهلك على النحو السابق بيانه[١].

المطلب الثانى

صور خاصة بالتراضى

إذا كان حديثنا ينصب فيما سبق على التراضى البسيط، إلا أن الحياة العملية بتعقيدتها قد أفرزت إلى جانب ذلك تراض موصوف، كبيع المذاق، والبيع بشرط التجربة. كما أنه في بعض الأحيان لا يتم إبرام عقد البيع بصفة فورية ونهائية، إذ قد يمهد له عقود معينة قبل إبرامه بصفة نهائية، كالوعد بالبيع أو بالشراء، والبيع الابتدائى، والبيع بالعربون. وإذا كان الغالب أن يقوم الأطراف بإبرام عقودهم بالبيع والشراء بأنفسهم، إلا أنه في بعض الأحيان قد يتم البيع أو الشراء بواسطة نائب عنهم، سواء كان نائباً اتفاقياً أو قانونياً. ولنعرض لهذه الصور الخاصة لنتعرف على مدى انطباق القواعد العامة عليها.

أولاً البيوع المشينية:

القاسم المشترك في هذه العقود أنه رضاء المشترى أو تعيين الشيء قد لحقه وصف معين. فالمشترى له رخصة في قبول أو رفض البضائع وفق تقديره ومشيئته. وهذه العقود ترد دائماً على المنقولات. وهذه العقود تنصرف إلى البيع بشرط المذاق La vente à la dégustation، والبيع بشرط التجربة La vente à l'essai. ويعتبر بيع المذاق نموذجاً لبيع المشينة لأن الرخصة الممنوحة للمشترى يتوقف استعمالها على محض تقديره الشخصى.

١ـ بيع المذاق[٢]:

تنص المادة ٤٢٢ مدنى مصرى على أنه "إذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشترى أن يقبل البيع إن شاء، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة

---

(١) انظر: F. Collart Dutilleul., Ph. Delebecque, op. cit, no 104 p. 89, 90.

(٢) J. Huet op. cit no 11168 p. 115.

التى يعينها الاتفاق أو العرف ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذى يتم فيه هذا الإعلان".

ومجال البيع بشرط المذاق في الوقت الحالى ينحصر في بيع المأكولات والمشروبات حيث تختلف بصددها الأذواق.

وفى هذا البيع لا يكفى التراضى على المبيع والثمن حتى ينعقد العقد وإنما يلزم علاوة على ذلك أن يتذوق المشترى المبيع حتى يرى مدى ملاءمته لذوقه الشخصى. وهذا هو الطابع الخاص لهذا البيع. ويصدق ذلك على بيع الزيوت، والخل والزيتون والمشروبات الروحية وغير ذلك مما يتوقف شراءه على مذاقه.

وشرط المذاق قد يتضمن العقد شرطاً صريحاً عليه، وقد يقضى به العرف بالنسبة لبعض المأكولات أو المشروبات، كالشاى والنبيذ والجبن .. الخ. وشرط المذاق يعتبر ذو طابع شخصى محض. ولذلك قبول البيع أو رفضه يتوقف على محض مشيئة المشترى. وطالما لم يقم المشترى بتذوق الشىء فإن رخصة القبول أو الرفض تبقى قائمة.

وفى مجال الأشياء التى يتوقف شراؤها على تذوقها فإن الأصل أن بيعها يكون بشرط المذاق، ما لم يتبين من الظروف المحيطة بالتعاقد أن البيع قد تم باتاً دون حاجة لتذوق المشترى للمبيع. والأصل أن الذى يقوم بالمذاق المشترى نفسه، لكن ليس هناك ما يمنع من أن يقوم به شخص آخر ذو خبرة، كما هو الحال عند شراء الشاى بالجملة من مصادره.

والتكييف القانونى الصحيح لبيع المذاق، أنه إلى أن يتم المذاق يعتبر وعداً بالبيع ملزم لجانب واحد. وهذا ما يدل عليه بوضوح نص المادة ٤٢٢ مدنى مصرى والتى تنص على أن "للمشترى أن يقبل البيع إن شاء ..." فالبيع هو العقد الموعود به الذى لا ينعقد إلا بعد المذاق. وكذلك المادة ١٥٨٧ فرنسى

تنص على أنه "il n'ya point de vente" [1].

ويترتب على ذلك أن البائع يلتزم بمقتضى هذا الوعد من أن يمكن المشترى من تذوق الشيء، فإذا امتنع عن تنفيذ هذا الالتزام جاز للمشترى أن يحصل على حكم بإلزامه بالتنفيذ ودفع غرامة تهديدية إذا امتنع عن ذلك فإن لم ينفذ بالرغم من ذلك حكم القاضي عليه بالتعويض على أساس المسئولية العقدية ويراعى في هذا التعويض بطبيعة الحال، علاوة على الضرر الذى أصاب المشترى، العنت الذى بدا من البائع باعتباره عنصراً من عناصر التعويض في هذه الحالة.

وإذا كان بيع المذاق لا يعدو أن يكون وعداً بالبيع، وليس بيعاً، فإنه لا يترتب عليه نقل ملكية المبيع إلى المشترى وإنما يبقى البائع هو المالك لهذا الشيء حتى يتم المذاق وإعلان المشترى قبوله للبيع في المدة المعينة ولا ينعقد البيع الناقل للملكية إلا من وقت الإعلان (م ٤٢٢ مدنى مصرى) ويترتب على ذلك أن البائع هو الذى يتحمل تبعة الهلاك خلال مدة الوعد.

وإذا لم تكن البضاعة تلائم ذوقه الشخصي، فإن العقد لا ينعقد ولا يجوز للمشترى أن يطلب بضائع أخرى غيرها، كما أن البائع لا يستطيع إثبات ملاءمة البضائع المقدمة إلى المشترى.

وعلى المشترى إذا قام بتذوق المبيع أن يعلن قبوله الشراء، إذا رغب فيه، في المدة المعينة اتفاقاً أو عرفاً. وينعقد العقد من وقت هذا الإعلان. لكن إذا ما انقضت هذه المدة دون أن يبدى المشترى رأياً فإن ذلك يعتبر بمثابة رفض للبيع ويسقط بذلك الوعد.

٢- البيع بشرط التجربة:

تنص المادة ٤٢١ مدنى مصرى على أنه "١- في البيع بشرط التجربة يجوز للمشترى أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة، فإذا رفض المشترى المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن

---

(١) انظر Ph. Malaurie, L. Aynés, op. cit, no 104, p. 82.

لم يكن هناك اتفاق على المدة ففى مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشترى مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً".

"٢-ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ".

بيع التجربة إذاً هو البيع الذى يتفق فيه صراحة أو ضمناً على احتفاظ المشترى بحق تجربة المبيع. وعلى ذلك فإن حق التجربة لا ينشأ من طبيعة المبيع، أو ينشأ بحكم القانون، بل يجب الاتفاق عليه صراحة، أو قد يستخلص مما جرت به العادة في بيع بعض الأشياء التى تحتاج بطبيعتها إلى تجربة، وهى غالباً الأشياء التى لا يكون لدى المشترى معرفة جيدة بها وخاصة الأشياء المعقدة في الوقت الحاضر[١].

والمجال المختار لبيع التجربة السيارات والآلات الميكانيكية والموسيقية والأثاث والحيوانات وغير ذلك[٢].

وشرط التجربة في عقد البيع يهدف منه عادة، التحقق من مدى ملاءمة المبيع لحاجة المشترى الشخصية.ولذلك يكون للمشترى حرية القبول أو الرفض

---

(١) في فرنسا مثلاً لم تجر العادة على تجربة الكمبيوتر وهذا ما أكدته المحاكم انظر
Taulouse, 5 déc. 1979, J. C. P. 80. IV. 392.
حيث قررت ذلك بطريقة قاطعة، وذلك على أساس أن بيع الكمبيوتر مع تجهيزاته يستلزم بالضرورة إعداد برامج سابقة وبالتالى يستبعد بطبيعته الخاصة كل شرط للتجربة.

(٢) الفقه في فرنسا يميز بين البيع بالتجربة وبيع المذاق على أساس بيع المذاق يفترض وجوده، ما لم يجد شرط صريح يستبعده، عندما تكون خصائص الشىء وصفاته ذات طبيعة شخصية جداً لا يمكن تقديرها إلا بتذوقها مثل التسجيلات الموسيقية، كلاب الصيد، خيل السباق، الملابس التى تحتاج إلى قياس. وعلى عكس ذلك في بيع التجربة حيث إن خصائص الشىء وصفاته ذات طبيعة موضوعية لا يمكن التحقق منها إلا عن طريق تجربتها، مثل ذلك السيارات والآلات. ويترتب على ذلك أن بيع المذاق يتوقف على التقدير الشخصى المطلق للمشترى ويعتبر لذلك بيعاً فورياً، أما بيع التجربة التقدير ليس فيه شخصى محض كما أنه يحتاج إلى مرور فترة من الزمن للقيام بالتجربة انظر
Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit, op. 104p. 31 et no 105 p. 82.

دون معقب. وهذا ما يستفاد من صياغة نص المادة ٤٢١/ ١ مدنى مصرى والتى تنص على أن "في البيع بشرط التجربة يجوز للمشترى أن يقبل المبيع أو يرفضه .." كما أن المذكرة الإيضاحية للنص قد أكدت ذلك بقولها "... وللمشترى حرية القبول أو الرفض. فهو وحده الذى يتحكم في نتيجة التجربة .. فإن المفروض أن يكون المبيع من الأشياء التى يتطلب منها أن تناسب المشترى مناسبة شخصية، فهو وحده الذى يستطيع أن يقرر ذلك ...."[1]. وبذلك يكون المشرع المصرى قد جارى التقنينات الجرمانية في هذا الصدد[2] وابتعد بذلك عن أحكام التقنين المدنى الفرنسى[3].

وإذا كانت هذه القاعدة في القانون المدنى المصرى قد أقرت الغالب المألوف من الحالات إلا أنها تعتبر قاعدة مكملة لإرادة المتعاقدين فهى لا تسرى إلا إذا لم يتفق على خلافها صراحة أو ضمناً[4]. فقد تتجه إرادة المتعاقدين إلى أن يكون شرط التجربة مبنى على اعتبارات موضوعية تتعلق بمدى ملاءمة المبيع لغرض معين وعندئذ يجوز للبائع إذا رفض المشترى المبيع بعد التجربة أن يتظلم من هذا الرفض وتستعين المحكمة في هذه الحالة بأهل الخبرة لمعرفة مدى ملاءمة المبيع للغرض الذى أعد له لتقضى بتحقق الشرط أو تخلفه.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٢٦.

(٢) انظر م ٤٩٥ من التقنين الألمانى، م ١٠٨٠ معدلة من التقنين النمساوى، وم ٢٢٣ من التقنين الالتزامات السويسرى، م ٣٣٩ من التقنين البولونى (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٦).

(٣) انظر في موقف المشرع الفرنسى من ذلك والتفرقة الدقيقة التى يجريها الفقه بين بيع المذاق وبيع التجربة Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit, no 103 p. 81 et S.
ويعتبر أن تجربة المشترى المحتمل لسيارة قبل الشراء لم يعبر بعد عن إرادته وبالتالى لا يوجد عقد بينه وبين البائع. ولذلك تذهب المحاكم في حالة وقوع حادث أثناء تجربة هذه السيارة لمن يجربها فإن المسئولية هنا مسئولية تقصيرية، ويعتبر البائع حارس لأن ما زال له سلطة السيطرة والتوجيه على الشيء.
Civ. 2, 19 mai 1969, Bui. II. No 161, J. C. P. 69. II. 16105.
وانظر أيضاً F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, op. cit, no p. 76 et S.

(٤) انظر منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٩ ص ٨٥، ٨٦، السنهورى، الوسيط، جـ ٤، فقرة ٦٨ ص ١٣٠، ١٣١، سمير تناغو، فقرة ٢١ ص ٨٧.

ومقتضى شرط التجربة أن يقوم البائع بتمكين المشترى أو من ينيبه في ذلك من تجربة المبيع، فإذا امتنع فإنه يمكن جبره على تنفيذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً باعتباره التزاماً بعمل طبقاً للقواعد العامة.وإلى أن يقوم المشترى بالتجربة فإن البائع يظل مالكاً للشىء ويتحمل بالتالى تبعة هلاكه بالرغم من أنه قد يكون سلم الشىء إلى المشترى. هذا ما لم يكن مدة التجربة قد انقضت. هذا على اعتبار أن البيع معلقاً على شرط واقف بحسب الأصل (م ٤٢١/ ٢ مدنى مصرى) يجب على المشترى أن يقوم بتجربة الشىء بطريقة أمينة خلال المدة المتفق عليها صراحة أو ضمنا، أو المدة المعقولة التى يحددها البائع في حالة عدم وجود اتفاق عليها. ومعقولية المدة أمر متروك تقديره للقاضى عند الاختلاف بين البائع والمشترى، وأن يعلن البائع بقبوله أو رفضه خلال هذه المدة. ويكون للمشترى، بصفة عامة، خلال مدة التجربة حقوق والتزامات المودع لديه[1]، فإذا انقضت المدة السابقة دون أن يبدى المشترى رأياً بالقبول أو الرفض فإن المشرع اعتبر سكوته هذا قبولاً للبيع (م ٤٢١/ ١ مدنى مصرى).

والأصل أن للمشترى حرية القبول أو الرفض دون معقب، فلا يجوز للبائع أن يطلب تعيين خبير لإثبات ملاءمة المبيع للغرض الذى أعد لـه للمشترى، هذا ما لم يكن قد اتفق على ذلك صراحة أو ضمناً.

والتكييف القانونى لبيع التجربة بحسب الأصل أنه بيع معلق على شرط واقف هو قبول المبيع هذا ما لم يتبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ (م ٤٢١/ ٢ مدنى مصرى) معنى ذلك أن بيع التجربة يكون معلق على شرط واقف هو قبول المشترى للمبيع في المدة المعينة، فإذا قبل المشترى المبيع بعد تجربته أو سكت عن ذلك وانقضت المدة[2] فإن البيع يصبح باتاً بتحقق الشرط الواقف. ويعتبر البيع باتاً بأثر رجعى من وقت إبرام البيع

(١) Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit, no 105 p. 82.
(٢) حيث إن السكوت يأخذ حكم القبول طبقاً لنص المادة ٤٢١/ ١ مدنى قارن مع ذلك السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٦٩ ص ١٣٤.

وليس من وقت تحقق الشرط. أما إذا رفض المشترى المبيع فإن الشرط الواقف يتخلف ويزول البيع بأثر رجعى[١].

أما إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ، فإن الشرط الفاسخ هو رفض المشترى أو عدم قبوله، معنى هذا أن البيع يوجد ويرتب آثاره، أى يكون نافذاً منذ إبرامه ولكنه مهدد بالزوال. وبناء عليه إذا قبل المشترى المبيع أو سكت وانقضت المدة فإن الشرط الفاسخ يتخلف فيتأكد العقد ويزول الخطر الذى كان يتهدده. أما إذا رفض المشترى فإن الشرط الفاسخ يتحقق وبالتالى يزول البيع بأثر رجعى.

وإذا كان البيع معلقاً على شرط فاسخ فإن مقتضى نفاذه أثناء مدة التجربة أن يكون المشترى هو المالك للمبيع تحت التجربة وإن كانت ملكيته مهددة بالزوال إذا ما تحقق الشرط الفاسخ. ولذلك فإذا هلك الشىء المبيع لسبب أجنبى خلال مدة التجربة فإنه يهلك على المشترى، أى على مالكه، حتى ولو تحقق الشرط الفاسخ بعد ذلك، إذ المشرع يستثنى هذه الحالة من الأثر الرجعى طبقاً لنص المادة ٢٧٠/ ٢ مدنى مصرى[٢].

---

(١) وينتقد الفقه الفرنسى هذا التكييف على أساس أنه طالما أن الشرط لم يتحقق فإننا نكون في مرحلة التعليق وبالتالى لا يمكن تنفيذ العقد إلا بعد تحقق الشرط، طبقاً للمادة ١١٨١/ ٢ مدنى فرنسى فكيف إذن نفسر استعمال المشترى للشىء المبيع قبل تحقق الشرط. بعض الفقهاء رأى في هذه الحال أن هناك تعاقب لعقدين، أحدهما مؤقت (وهو بيع التجربة) والآخر نهائى (وهو البيع) انظر
R. Demouge, Des contrats provisoires, Etud H. capitant, Dalloz, 1938,pp. 159 et S.
وقارن عقد العمل المؤقت على سبيل الاختيار
Soc. 25 Janv. 1989, Bul. IV, no 57; D. 89. I. R. 48.
إذ رأى البعض فيه طريقة لإبرام العقد على مراحل متتابعة (La Punction)، أو أنه عقد مع رخصة إنهاء بالإرادة المنفردة، انظر في كل ذلك
Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit, no 105 p. 82, 83.

(٢) انظر السنهورى، الوسيط، جـ ٤، فقرة ٧٠ ص ١٣٤، ١٣٥ سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢١ ص ٩١.

ثانياً العقود التمهيدية[1]:

سبق أن رأينا أنه في بعض الأحيان لا يتم إبرام عقد البيع بصفة فورية ونهائية، إذ قد يمهد لـه عقود معينة قبل إبرامه بصفة نهائية، كالوعد بالبيع أو بالشراء، والبيع الابتدائى، والبيع بالعربون. ولنر كل ذلك بالشيء من التفصيل لنقف على كيف يتم التراضى في هذه الصور الخاصة.

١- الوعد بالبيع أو بالشراء:

إذا كان الوعد بالبيع أو بالشراء عقداً إلا أنه يعتبر عقداً تمهيدياً لأنه يمهد إبرام عقد آخر هو العقد الموعود به، عقد البيع.

وعلى ذلك فإن الوعد بالتعاقد يقف في مرحلة متوسطة بين الإيجاب الملزم والعقد النهائى. فالإيجاب تعبير عن إرادة منفردة بالرغبة في التعاقد، أما الوعد فهو عقد يتم بإرادتين تمهيداً لإنشاء عقد مقبل حينما يعلن الموعود لـه عن رغبته خلال مدة معينة، وعندئذ ينشأ العقد النهائى.

وفى هاتين الصورتين نجد أن عقد الوعد عقد ملزم لجانب واحد، البائع أو المشترى. لكن ليس هناك ما يمنع أن يكون الوعد ملزم للجانبين، فيكون كل من الطرفين واعداً وموعوداً لـه، ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أ – الوعد بالبيع: عقد يلتزم بمقتضاه الواعد ببيع شيء معين إذا أظهر الموعود لـه عن رغبته في الشراء خلال مدة معينة.

يتضح من ذلك أن موضوع عقد الوعد بالبيع ينصب أساساً على الخيار المعطى للموعود لـه خلال مدة معينة. فالواعد قد التزم بصفة نهائية بينما الموعود لـه يستطيع بملء إرادته أن يعلن رغبته في الشراء من عدمه. فأهم ما يميز الوعد بالبيع الخيار الممنوح للموعود لـه وبه يمكن أن نفرق بينه وبين

---

(١) انظر في ذلك
F. Collart- Dutilleul, Les contrats Prépartoires à la vente d'immeubles thèse Tours. Siry 1988, V° aussi.
F. Collart – Dutilleul, Ph. Delebecque, op. cit, no 59 p. 5, et S, J. Huet, op. cit, no 11179, p. 120.

الوعد الملزم للجانبين[١]. فبمجرد أن يعلن الموعود لـه رغبته يتحول الوعد فوراً إلى بيع، لكن ملكية الشيء المبيع قد تتراخى بعض الشيء، إما لحين دفع الثمن، إذا كان ذلك ليس بشرط لإعلان الرغبة، أو لحين التوقيع على العقد النهائي للبيع وتسجيله في العقارات.

وقد يشترط على الواعد عدم التصرف في الشيء الموعود به طوال فترة الوعد. وقد يكون ذلك في مقابل تعهد الموعود لـه بدفع تعويض عن عدم قابلية الشيء للتصرف، أو أن يقوم بدفع هذا التعويض بالفعل عند انعقاد الوعد، وذلك في حالة عدم إعلان رغبته في الشراء. وجود أو عدم وجود هذا التعويض، ما لم يكن مبلغاً كبيراً، لا يغير من طبيعة عقد الوعد بالبيع باعتباره عقداً ملزماً لجانب واحد، طالما أن الخيار الممنوح للموعود لـه ما زال بدون مقابل حقيقي[٢].

عدم التيقن من استعمال الموعود لـه الخيار الممنوح لـه، يضاف إليه غالباً شرط واقف، مثال ذلك شرط الحصول على قرض لتمويل اكتساب ملكية الشيء.

وبالرغم من ذلك فإن الوعد بالبيع يعتبر من أكثر العقود التمهيدية شيوعاً لما يحققه من أغراض مختلفة للواعد والموعود لـه. فبالنسبة للموعود لـه قد يمثل مهلة تروى قبل الإقدام على البيع، أو قد يمكنه من تذليل بعض العقبات التى تعترض شراءه للشيء المبيع، أو يشجعه على الإقدام على بعض الأعمال المتعلقة بالشيء المبيع، كقيام المستأجر بإصلاحات هامة في العين المؤجرة، أما بالنسبة للواعد فقد يضمن مشترى للشيء المبيع وخاصة في أوقات الكساد، أو أن يكون الثمن المعروض عليه مغرياً ولا يرغب في تفويت هذه الفرصة، خاصة إذا ترجح لديه إمكانية الموعود لـه من الشراء. وغير ذلك. ومع ذلك يأخذ بعض الفقهاء على هذا العقد بأنه يسمح بالتحايل والغش[٣].

---

(١) انظر: Civ. 3, 23 Janv. 1991, Bull III, no 39; D. 92, 457, note. I – Najjar; J. C. P. 91. IV. 110.

(٢) Com. 25 avr, 1989, Bull IV, no 136; J. C. P. 89. IV. 241.

(٣) انظر:
M. Dagot, Nouvelles réflexions sur la publicité des pactes de préférence et des promesses unilatérales de vente,J. C. P. 1980. I. 2986; F. Benac – Schmidt, le=

- **شـروط عقـد الوعـد**: حيث إن الوعد بالبيع عقد فإنـه يتعين لانعقاده أن تتوافر فيه الشروط العامة من وجود الرضى، وكذلك صحة الرضى بالاضافة إلى الشروط الواجب توافرها في المحل والسبب.

أما فيما يتعلق بالأهلية فإنه يجب التمييز بين:

- **أهلـية الواعـد**، فحيث إن الوعد بالبيع يتضمن تعبيراً من جانب الواعد عن إرادتـه في إبرام البيع، لذا يجب أن يتوافر فيه وقت الوعد الأهلية اللازمة لإبرام عقد البيع، حيث إنـه يلتزم فيه بصفة نهائية ولذلك إذا تم البيع بإعلان رغبة الموعود لـه فإن هذا البيع يبقى صحيحاً حتى ولو فقد الواعد أهليته وقت انعقاد البيع، لجنون أو عته مثلاً، ويلتزم القيم بتنفيذ التزامه. كما يجب أن تكون إرادة الواعد سليمة وخالية من العيوب وقت صدور الوعد.

- **أهلـية الموعـود لـه**، بالنسبة للموعود لـه الأمر يختلف فلا يشترط فيه وقت الوعد سوى التمييز، وحيث إن الوعد بالبيع ملزم لجانب واحد هو الواعد ويتمحض لمصلحة الموعود لـه كما أنه لم يصدر منه وقت الوعد رضاء بإبرام البيع.

الشـروط الخاصـة: الوعد بالبيع بحسب طبيعته يعتبر عقداً تمهيدياً لإبرام البيع، أي أنـه ليس مقصوداً في ذاته، وإنما هو مجرد وسيلة تستهدف الوصول إلى عقد آخر، وهو البيع، لذلك نجد أن هذه الطبيعة تقتضي شروطاً خاصة يجب توافرها في الوعد بالبيع. وهذه الشروط هي:

الشـرط الأول: يجب أن يتضمن الوعد بالبيع جميع العناصر الجوهرية لعقد البيع[1] فيجب أن يعين المبيع تعييناً نافياً للجهالة وأن يكون داخلاً في دائرة التعامل ومملوكاً للبائع. كما يجب أن يكون الثمن محدداً في عقد الوعد أو على

=contrat de promesse unilatérale de vente, thède Paris I, L.G.D.J, 1983, Préf. J. Ghestin, note 1, no 182 – 226.

(١) نقض ١٩٦٤/١/٢٣٣ مجموعة أحكام النقض، س ١٥ ص ١١٥ نقض ١٩٨٧/٤/١٣، رقم ١٤٥٢ سنة ٥٤، سعيد شعلة، ص ٧٢، ٧٣.

الأقل يتضمن هذا العقد بيان الأسس التى بمقتضاها يمكن تحديده فيما بعد (م ٤٢٣ مصرى).

الشـرط الـثاني: تعيين المدة التى يجب خلالـها الإعلان عن الرغبة في إبرام عقد البيع، وهذه المدة قد تحدد صراحة، كشهر أو سنة، أو ضمنا كأن يمكن استخلاصها من ظروف الاتفاق. وإذا لم يتضمن الوعد على ميعاد صريح أو ضمنى لإعلان الرغبة فإن هذا الوعد يقع باطلاً ولا يترتب عليه أى أثر قانونى[1].

- آثـار عقـد الوعـد: وللوقوف على آثار الوعد بالبيع يجب التفرقة بين مرحلتين: المرحلة السابقة على إبداء الموعود رغبته، والمرحلة التالية لإبداء الرغبة أو حلول الميعاد.

المـرحلة الأولى: المرحلة السابقة على إبداء الموعود لـه رغبته. إذا ما توافرت الشروط العامة والخاصة للوعد فإنه يترتب عليه التزام الوعد بالقيام بما يلزم لإبرام البيع، إذا ما أظهر الموعود لـه رغبته في إبرامه في المدة المحددة. والجدير بالملاحظة أن الواعد بإبرامه للوعد يكون قد عبر فعلاً عن رضاه بالبيع، وليس هناك حاجة لأن يعبر عن رضى جديد بذلك العقد. وإنما عليه التزام بالامتناع عن القيام بأى عمل يحول دون إبرام البيع. ولنرَ تطبيق ذلك تفصيلاً.

- بالنسبة للواعد: نجد أن الواعد يلتزم بألا يتصرف إلى الغير في الشيء الذى وعد ببيعه طوال مدة الوعد، فإذا أخل بهذا الالتزام وجب عليه تعويض الموعود لـه.

ويتضح مما سبق أن الوعد بحسب وضعه وطبيعته يعتبر عقداً تمهيدياً يهدف إلى إبرام البيع، وبالتالى فإنه ليس إلا مجرد وسيلة للوصول إلى هذا

---

(١) نقض ١٩٥٤/٥/٦، الطعن رقم ٢٠٢ س ٢١ ق، سعيد شعلة، ص ٦٩.

العقد. وعلى ذلك فإن عقد الوعد بالبيع ليس بيعاً بل هو عقد آخر مستقل ومتميز عنه تماماً. ولذلك فإنه طالما أن عقد البيع لم ينعقد بعد، فإن الالتزامات التى يرتبها ذلك العقد لا تنشأ في ذمة الواعد بمجرد الوعد. فلا يلتزم الواعد بنقل ملكية الشىء المراد بيعه أو تسليمه. فهذه الالتزامات لا تترتب إلا على عقد البيع لا على مجرد الوعد بإبرامه. ويترتب على ذلك:

١- لا تنتقل الملكية إلى الموعود لـه بمجرد الوعد ولو كان الشىء منقولاً معيناً بالذات، بل تظل الملكية للواعد.

٢- إذا هلك الشىء قبل أن يبدى الموعود لـه رغبته في شرائه، كان الهلاك على الواعد بوصف كونه هو المالك، ولن ينعقد العقد الموعود بـه لتخلف المحل.

٣- ليس للموعود لـه أى حق عينى على الشىء موضوع التعاقد الموعود بـه. ويترتب على ذلك إذا تصرف الواعد في الشىء إلى الغير على خلاف وعده للموعود لـه، فلن يكون للموعود لـه حق تتبع، ولكن لـه الرجوع على الواعد بالتعويض على أساس المسئولية العقدية لإخلالـه بالتزامه الناشئ عن عقد الوعد.

كما يكون للموعود لـه الحق في التعويض من المتصرف إليه إذا كان سىء النية على أساس إقدامه على التعاقد مع علمه بالوعد يعتبر خطأ تنشأ عنه مسئوليته التقصيرية[١].

- **بالنسبة للموعود لـه**: الموعود لـه في هذه المرحلة ليس مجرد دائن للواعد، بل هو يتمتع بحق منشئ أو ترخيصى un droit formateur يكون للموعود لـه بمقتضى هذا الحق أن يعبر بمحض إرادته عن رغبته في إبرام البيع، وبذلك يستطيع أن يتوصل إلى انعقاد ذلك العقد، وبالتالى إنشاء الالتزام

(١) Ph. Malaurie, L. Aynés, op. cit, no 113, p. 88.

الناتج عنه في ذمة الواعد[١] هذا الحق ينتقل إلى الورثة، كما تنتقل التزامات الواعد إلى ورثته.

ويستطيع الموعود لـه أن يتنازل عن الوعد إلى شخص من الغير ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك[٢] وفى غالب الأحوال إمكانية التنازل يكون منصوصاً عليها في الوعد ذاته[٣]. ويتلقى المتنازل لـه الخيار الذى كان مقرراً للموعود لـه، وأيضاً الالتزام بدفع تعويض عن عدم القابلية للتصرف عند عدم التقرير بالشراء، وذلك إذا كان متفقاً عليه.

المرحلة الثانية: المرحلة التالية لإبداء الرغبة:

إذا أبدى الموعود لـه رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها فإنه يتحقق بذلك تلاقى الإرادتين اللازم لانعقاد البيع، فينعقد العقد بمجرد ظهور الرغبة على أنه يشترط لذلك، طبقاً للقواعد العامة، أن تكون إرادة الموعود لـه التى عبر عنها بإبداء رغبته في البيع، مطابقة تمام المطابقة لإرادة الواعد التى عبر عنها في وعده، وإلا كان إبداء الرغبة إيجاباً جديداً لا ينعقد به العقد، إلا إذا صادفه قبول من الواعد[٤] كما أنه يلزم أن يتوافر لدى الموعود لـه وقت إبداء رغبته الأهلية اللازمة للشراء. ويجب أن تكون إرادته سليمة خالية من العيوب وقت إبداء الرغبة.

كما أن إظهار الرغبة لا يحتاج إلى شكل معين، فقد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً[٥] ما لم يفرض المتعاقدين إتمامه في شكل معين (كخطاب موصى

---

(١) انظر:
Ph. Malaurie, L. Aynés, op. cit, no 112, p. 87 – 88 F. Collart Dutilleul; Ph. Delebecque, op. cit, no 60, p. 52.

(٢) Civ. 31 janv, 1866, D.P. 66. I. 66. I. 69; S. 66. I. 152.

(٣) Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit. No 116 p. 90 note 31.

(٤) نقض ١٩٦٥/١٢/١٦ س ١٦ ص ١٢٠١، ١٩٨٠/٢/١٧ س ٣١ ص ٦١٨.

(٥) Civ. 25 mai 1949, D. 49. 391.
وهذا ما يثير الصعوبات المعتادة لتفسير الإرادة الضمنية.
نقض ١٩٥٤/٥/٦ الطعن رقم ٢٠٢ لسنة ٢١، سعيد شعلة، ص ٧٠.

عليه وغير ذلك) وفى هذه الحالة يجب إحترام هذا الشكل وإلا يكون إبداء الرغبة مجرداً من أى أثر[1]. في فرنسا يغلب في الحياة العملية تعليق فاعلية إبداء الرغبة على دفع الثمن – مثلاً بين أيدى كاتب العدل الذى سيكتب عقد البيع – حتى يتجنب البائع مخاطر إعسار المشترى[2]، فإذا لم يدفع الثمن يصبح ابداء الرغبة لا قيمة لـه[3].

وإبداء الرغبة تصرف قانونى بالإرادة المنفردة للموعود لـه ولذلك لا ينتج أثره إلا في الوقت الذى يتصل فيه بعلم الواعد في خلال مدة الوعد، ووصولها إليه يعد قرينة على العلم به إلى أن يثبت العكس. وعلى ذلك فإذا لم يظهر هذه الرغبة أو لم تتصل بعلم الواعد قبل انقضاء هذه المدة، سقط الوعد بالتعاقد من فوره ومن تلقاء نفسه، وتبرأ ذمة الواعد نهائياً وذلك دون حاجة من الواعد أن يتخذ إجراء ما كتنبيه أو إنذار.

إذاً إبداء الرغبة على النحو السابق يترتب عليه انعقاد البيع دون أثر رجعى لتاريخ الوعد. كما أن انعقاد البيع بصفة نهائية لا يستتبع بالضرورة نقل الملكية. فنقل الملكية يمكن أن يتأخر بعد انعقاد البيع، على سبيل المثال، إذا عقد الوعد جعلها تابعة لإبرام البيع في شكل رسمى، أو لدفع الثمن، أو لإتمام إجراءات التسجيل في العقار، أو أنه تضمن شرط لاحتفاظ بالملكية، أو كان محل الوعد أشياء معينة بالنوع. في هذه الحالات يكون الموعود لـه صاحب حق ملكية مضافاً إلى أجل، أو عند الاقتضاء معلقاً على شرط واقف طبقاً لما إذا كان الأمر المستقبل الذى يترتب عليه نقل الملكية، محقق الوقوع أو غير محقق الوقوع[4].

إذا انعقد عقد البيع، بإبداء الموعود لـه رغبته، فإنه يجب على الواعـد

---

(١) Civ. 3, 7 jan. 1987, Bull III, no 7; J. C. P. 87. IV. 85, Gaz pal. 87. I, 64.
(٢) وهذا ما جرى عليه العمل بين كتاب العدل.
(٣) Civ. 3, 10 déc. 1986, J. C. P. 87. II. 20857; D. 87, I. R., 4.
(٤) Ph. Malaurie. L. Qynès, op. cit, no 119 p. 9.

تنفيذه، فإذا نكل كان للمشترى أن يقاضيه طالباً إلزامه بذلك؛ ويصدر حكم القاضى مقرراً انعقاد العقد من وقت إبداء الموعود لـه رغبته في التعاقد، وقاضياً بإلزام الواعد بتنفيذه.

إذا كان الوعد ببيع عقار، وانعقد عقد البيع بإبداء الموعود لـه رغبته، فإن مقتضى ذلك يجب على البائع تنفيذ عقد البيع وبصفة خاصة نقل الملكية، فإذا نكل وقاضاه المشترى طالباً صحة ونفاذ العقد، فإن حكم القاضى الصادر بصحة ونفاذ العقد متى حاز قوة الشيء المقضى يقوم مقام العقد النهائى في التسجيل.

- **حالة رفض البيع وتعويض عدم قابلية العقار للتصرف**[(١)]: الموعود لـه يمكن أن يرفض البيع، وهو في ذلك يمارس حقه بإبداء رغبته في رفض تملك الشيء المبيع، وهو في ذلك لا يخل بأى التزام عليه، حيث إن لـه الخيار التام في القبول أو الرفض.

لكن في مجال الوعد بالبيع العقارى غالباً ما يتفق على أن يدفع الموعود لـه تعويض عن عدم قابلية العقار للتصرف خلال مدة الوعد، أو أن يتنازل عما دفعه عند إبرام الوعد وذلك إذا لم يبد رغبته في البيع. وهذا يستلزم الوقوف على مدى صحة مثل هذا الاتفاق، وما أثره على الوعد نفسه؟

ذهب بعض الفقهاء في البداية إلى أنه طالما أن الموعود لـه غير ملزم بتملك المبيع، فإن التزامه بدفع مبلغ من النقود يكون بغير سبب[(٢)] وهذا الرأى يخلط بين التعويض عن عدم قابلية العقار للتصرف والعربون أو الشرط الجزائى. وقد أدانت محكمة النقض الفرنسية هذا التكييف وقررت أن الإلزام الذى يقع على الموعود لـه بدفع مبلغ من النقود لـه سبب وهو عدم التصرف في

---

(١) Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit, no 121 p. 93, F. Collart Dutilleul, Ph. Delebécque, op. cit, no 63 p. 55.

(٢) B. Boccara, De la notion de promesse unilatérale J. C. P. 1970. I. 2357.

العقار الذى التزم به الواعد خلال مدة الوعد[1]: فهذا المبلغ ليس عربوناً ولا شرطاً جزائياً[2]. وبالتالى لا يخضع لنظام العربون أو الشرط الجزائى[3].

ولكن يبقى تساؤل هام عما إذا كان وجود مثل هذا التعويض سيحول الوعد الملزم لجانب واحد إلى وعد ملزم للجانبين؟ وما قد يترتب عليه ذلك من آثار قانونية[4].

الإجابة على هذا التساؤل تكون بالنفى حيث إن الوعد، يبقى، من حيث المبدأ، ملزماً لجانب واحد بالرغم من وجود هذا التعويض لأنه ليس هناك تقابل بين التزام الواعد، والتزام الموعود له[5]، كما أن الموعود له لم يكن ملتزماً بالشراء. ولكن الموعود له يصبح ملتزماً بالشراء بطريقة غير مباشرة إذا كان مبلغ التعويض كبيراً بالمقارنة للثمن وبذلك تصبح حريته في الخيار، لقبول البيع أو رفضه، شكلية، ويكون الوعد بذلك ملزماً للجانبين[6].

---

(١) Com. 23 juin 1958, Fish, Bul. III, no 269, D. 58. 581. Note Ph. Malaurie.

(٢) Civ. 3, 5 déc 1984, Bull III, no 208, D. 85. 544, note F. Benac – Schmidt, J. C. P. 86. II. 20553, note G. Paisant, Rep. Gén. Du notariat Defrénois, 86, a. 33553 note J. M. Olivier, Rev. trim civ. 85. 372 note J. Mestre, 592, note Ph. Rémy.

(٣) ويترتب على ذلك أن هذا التعويض لا يكون قابلاً للتعديل من جانب القاضى طبقاً لنص المادة ١١٥٢/ ٢ مدنى فرنسى، لكن عندما ينص في العقد على ارتباط مبلغ التعويض بالمدة التى لا يجوز التصرف فيها في العقار، فثار التساؤل عن إمكانية خفض هذا المبلغ إذا تنازل الموعود له عن خياره قبل انتهاء هذه المدة؟ محكمة النقض الفرنسية سمحت في البداية بذلك
Civ. 3, 10 déc. 1984. Précité.
ثم قضت بعد ذلك بأن هذا المبلغ يمثل تعويضاً مكتسباً بقوة القانون للواعد
Civ. 3, 10 déc. 1986; J. C. P. 86, II. 20857, D. 87. I. R. 4.
وهذا يعنى أنه لا يمكن تخفيضه إلا إذا اتفق على ذلك. والموعود له يحتفظ بالتعويض إذا كان رفضه للتقرير بالشراء مبرراً مثلاً لوجود عيب في الشىء، أو عدم مطابقة الشىء للشروط المتفق عليها.
Civ. 3, 28 juin, 1987 Bull III, no 13 J.C. P. 84, IV. 112.

(٤) انظر في هذه الآثار في القانون الفرنسى
Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 123 p. 94.

(٥) Com. 4 avr. 1972 Bull.IV, no 120.

(٦) Com. 13 fév, 1978, Bull. IV, no 60, Paris, 22 oct, 1990, D. 93, som. 234. Note G. Paisant.

أثر التشريعات الحمائية للمستهلكين على الوعد بالبيع:

فرض قانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ (loi scrivener II) والخاص بالائتمان العقارى شرط واقف لمصلحة الموعود لـه (وهو الحصول على قرض). وهذه القاعدة تعتبر من النظام العام وبالتالى لا يجوز للأفراد ترتيب هذا الشرط بإرادتهم(١). ويمكن للموعود لـه أن يلتزم بدون قيد أو شرط إذا هو أعلن أنه لن يلجأ إلى الاقتراض، وهذا التنازل فرض القانون أن يكون في شكل معين (مادة ل. ٣١٢ – ١٧ من تقنين الاستهلاك) بأن اشترط القانون "أن يكتب الموعود لـه بخط يده" هذا التنازل(٢). ويمكن أن يتنازل أيضاً عن الشرط الواقف إذا هو قرر بالفعل الحصول على قرض(٣). وعلى ذلك عندما المستهلك الموعود لـه ينوى الحصول على قرض إذا هو قرر الشراء، فإن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ينعقد معلقاً على شرط واقف هو الحصول على قرض أو عدة قروض لضمان تمويلـه (مادة ل ٣١٢ – ١٥، ٣١٢ – ١٦ من تقنين الاستهلاك) فإذا لم يحصل المستهلك الموعود لـه على القرض فإن عقد الوعد يعتبر كأن لم يكن ويسترد الموعود لـه الأقساط وتعويض عدم قابلية العقار للتصرف. وهذا بطبيعة الحال يثير عدة مشاكل أولـها كيفية التنسيق بين الخيار الممنوح للموعود لـه والشرط الواقف، وثانيها ما هو المقصود بكلمة الحصول على قرض(٤)؟.

ملحق: الوعد بالتفضيل Le Pacte de préférence:

الوعد بالتفضيل يعتبر من العقود التمهيدية لأى عقد من العقود(٥) ولكن

---

(١) Civ. 1, 28 janv 1992, Bull I. No 35.

(٢) ومع ذلك يستطيع المشترى أن يثبت أن البيان المكتوب بخط اليد غير صحيح وأنه عند كتابة العقد كان عنده، وذلك بعلم من البائع، قصد طلب قرض

Civ 1, 10 mars. 1987, D. 87. 577, note G. Morin, Rev. trim. Dr. civ. 87. 779 note ph. Rémy. D. 87 som 459 note J. L. Aubert, J. C. P. Notariale 87. II. 191 note Thuillier.

(٣) Civ. 3, 24 juin 1987, Bull III, no 132, D. 88, som. 407 note J. L. Aubert.

(٤) انظر في عرض لـهذه المشاكل

Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit, no 125 et no 126 p. 96.

(٥) انظر في الوعد بالتفضيل المتعلق بالتنازل عن أسهم في شركة: =

شـاع اسـتخدامه بصـفة خاصـة بصـدد عقـد بـيع العقـار، وكذلـك بـيع المحـل التجارى[1].

والوعد بالتفضيل اتفاق يلتزم بمقتضاه الواعد بتفضيل الموعود لـه في حالة بيع عقار معين إذا هو دفع نفس الثمن المعروض عليه.

والوعد بالتفضيل، كالوعد بالبيع، لا ينشىء للموعود لـه حق عينى[2] وإنما حق ترخيصى أو منشىء يكون للموعود لـه بمقتضاه أن يعبر بمحض إرادته عن رغبته في الحلول محل الغير الذى يرغب في الشراء، وعلى ذلك لا ينعقد هذا العقد إلا إذا توافر شرطان:

١ـ أن يقرر المالك بيع العقار للغير.

٢ـ الموعود لـه يقرر الحلول محل هذا الغير الذى يرغب في الشراء.

والوعد بالتفضيل غالباً ما يقترن بعقد آخر.

فمثلاً قد يتم في عقد إيجار ويتقرر لمصلحة المستأجر، وقد يتقرر في عقد هبة لأحد الأقرباء عندما يرغب الواهب ألا يخرج المال عن نطاق العائلة، أو في عقد شركة بالنسبة للحصة المقدمة وخاصة في الشركة ذات الطابع العائلى ولنفس السبب.وقد يتقرر في عقد بيع عندما يتفق على أن يكون للبائع الأفضلية في الشراء إذا ما قرر المشترى بيع هذا المال مستقبلاً. وهذا يختلف عن بيع الوفاء لأنه في الوعد بالتفضيل يبقى المشترى حراً في أن يبيع أو لا يبيع الشىء محل العقد بينما في بيع الوفاء نجده ملزماً بإعادة بيع الشىء المبيع إذا طالب البائع بذلك خلال المدة المتفق عليها، وبالتالى لا يخضع الوعد

=Com, 7 mars 1989, aff. Schviech, Bull. IV, no 79; D. 89. 231 concl. M. Jéol, note M. Reinhard, J. C. P. Entreprise, 89. II. 15517, no 1 note A. Viandier Rev des sociétes 89. 479, note L. Fougerolles.

(١) انظر بصفة عامة:
P. Voirin,Le pacte de préférence, J. C. P. 1954. I. 1192; M. Dagot, la pacte de préférence,Litec. 1988; J. G. Raffray, interprétation et rédaction des pactes de préférence, sem. Jur. Éd. N. 1991.I. 471.

(٢) Civ. 1, 16 juil 1985, Bull I. No 224.

بالتفضيل في هذه الحالة لأى مدة قصوى يجب أن يتم فيها كما هو الحال في بيع الوفاء. ويمكن أن نصادف أيضاً الوعد بالتفضيل في حالة إذا ما تصرف المالك في جزء من العقار واعطى المشترى الأفضلية في شراء الباقى. ويمكن أن يقترن الوعد بالتفضيل بعقد الرهن حيث يعطى الراهن الأفضلية للدائن المرتهن عندما يقرر بيع العقار المرهون.

والوعد بالتفضيل يشبه الوعد بالبيع من ثلاث جوانب:

١- كل منهما من العقود الملزمة لجانب واحد، حيث إن الواعد هو الذى يلتزم فقط بينما الموعود لـه لا يلتزم بشىء في المقابل.

٢- يجب أن يكون الشىء معيناً في كل من العقدين.

٣- حق الموعود لـه قابل للانتقال والحوالة ما لم يوجد اتفاق ولو ضمنى على خلاف ذلك، أو اعتبار شخصى(١).

ويختلف عن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد من عدة جوانب أيضاً:

١- في الوعد بالتفضيل لا يلتزم الواعد بالبيع.

٢- في الوعد بالتفضيل الثمن غير محدد.

ويذهب الفقه بالرغم من ذلك إلى أن الوعد بالتفضيل صورة من صور الوعد بالبيع ولكنه عقد معلق على شرط واقف هو عرض العين للبيع(٢) وهذا ما يذهب إليه القضاء الفرنسى(٣).

---

(١) انظر:

Civ. 1, 24 fév. 1987, Bull. I. No 75; D. 87, IR. 56.Gaz.pal. 87. 1, pan. 112; Rev trim. Dr. civ. 87. 739, note crit.J. Mestre.

(٢) انظر أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٨٠ ص ١٠٤ السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٢ ص ٦٨ سمير تناغو، فقرة ١٢ ص ٥١.

(٣)

Civ. 3. 16 mars 1994, Bull. III, no 58, D. 94. 486, note crit. A. Fournier, Rep. Gén. Du notariat Defrénois 1994, a. 35897 no 128 note L. Aynés.

لكن هذا التحليل منتقد لأنـه لا يمكن أن يكون الشرط كوصف للالتزام مكونـاً من العناصـر الأساسية للعقد، كإرادة البائع وتحديد الثمن[1]. فعندما يقول المـالك "أنـا أعدك بالبيع إذا أنا بعت" فالأمر المعلق عليه الوعد ليس لـه الطابع العارض للشرط كوصف للالتزام[2].

عـلاوة على ذلك فإن هناك عدة نتائج تترتب على عدم إبتسار الوعد بالتفضيل في وعد بالبيع.

أولاً: من حيث قواعد الأهلية، في الوعد بالبيع نجد أنه يجب أن يتوافر في الواعد أهلية البيع وقت إبرام الوعد لا وقت إعلان الرغبة، على العكس من ذلك نجد أن الوعد بالتفضيل ليس من أعمال التصرف حيث أن الواعد لا يلتزم فيه بالبيع ولكن فقط بإعطـاء الأفضـلية. وبناء عليه فإن أهلية التصرف ليست متطلبة عند الوعد إلا وقت ممارسة الأفضلية.

ثانـياً: مـن حيث المدة: إن الوعد بالتفضيل ليس من شروطه الخاصة عنصر المدة وذلك على خلاف الوعد بالبيع. وبناء عليه فإنه من المتصور أن يكون لـه مدة غير محددة. كما أنه لا يبطل عند تخلف هذا العنصر[3].

والوعد بالتفضـيل باعتـباره عقداً ملـزماً يرتـب آثـاره سـواء فـيما بيـن المتعاقديـن، الواعـد والموعـود لــه، وأيضـاً فـيما بيـن الموعـود لــه والغـير المتصرف إليه بالمخالفة للوعد.

- في العلاقة بين الواعد والموعود لـه، نجد أنـه إذا لم يحترم الواعد تعهده في مواجهة الموعود لـه تتحقق مسؤليته العقدية. فالوعد بالتفصيل يلزم الواعد بإعطـاء الأفضلية للموعود لـه عندما يقرر بيع العقار فقط، وبالتالى لا

---

(١) Ph. Malaurie, L. Aynés, Droit civil, Les obligation, 1996 no 1106 – 1108, les contrats spéciaux, no 144, p. 109.

(٢) F. Collart, Dutilleul, Les contrats préparatories., op. cit., no 102, no 88.

(٣) Ph. Malaurie, L. Aynès, les contrats spéciaux, no 144, p. 109.

ينصرف هذا التفضيل إلى التصرفات القانونية الأخرى القريبة من البيع، (كتقديمه كحصة في شركة، أو كوفاء بمقابل ...) كما أن هبة العقار لا تفتح أيضاً مجال الأفضلية للموعود لـه.

- في العلاقة بين الموعود لـه والغير المتصرف إليه على خلاف الوعد.

في حالـة ما إذا خالف الواعد اتفاق التفضيل وقام ببيع العقار محل التفضيل إلى شخص آخر غير الموعود لـه، فما هو الحكم في هذه الحالة؟

هل يجوز للموعود لـه أن يبطل البيع ويحل محل الغير المتصرف إليه؟ في الواقع إن الوعد بالتفضيل، كما هو الحال في الوعد بالبيع، لا ينشىء للموعود لـه إلا حق شخصى، حق ترخيصى، وبالتالى يخضع لمبدأ نسبية أثر العقد. الموعود لـه لا يستطيع إذن إبطال البيع إلا في حالة الغش[1]، أى في حالة إثباته أن المتصرف إليه كان يعلم بالوعد بالتفضيل وبنية الموعود لـه في استعمال هذه الأفضلية[2]. وعلى ذلك فإن الموعود لـه، وذلك على خلاف الشفيع، لا يستطيع أن يحل محل المتصرف إليه[3].

ب - الوعد بالشراء:

في هذه الحالة نجد الأمر عكس الوعد بالبيع، فالواعد هنا هو الشخص المرشح للشراء، وهو الذى يلتزم بالشراء إذا المالك ما قرر البيع لعين معينه في خلال مدة معينة. فالواعد هو الذى يلتزم وحده دون المالك الموعود لـه.ويجب أن يتضمن الوعد جميع العناصر الجوهرية للعقد الموعود بـه، علاوة على الشروط الخاصة بالوعد على النحو السابق بيانه عند الكلام عن الوعد بالبيع ويرتب أيضاً نفس الآثار.

---

(١) Civ. 3, 26 oct 1982, Bull. III, no 208; Gaz. Pal. 83. II. 661.

(٢) على ذلك يكون القضاء قد تشدد في تعريفه للغش

Civ. 3, 26 oct. 1982 précité.

(٣) Civ. 1,4 mai 1957, Bul. 1, no 197.

ملحق الوعد بالبيع وبالشراء من جانب واحد[1]:

هذه الصورة تفترض أن هناك تقاطع بين وعد بالبيع ملزم لجانب واحد ووعد بالشراء ملزم لجانب واحد وأن موضوعهما نفس الشيء بمعنى أن أحدهم يعد بالبيع إذا الآخر رغب في الشراء، والآخر يعد بالشراء إذا الأول رغب في البيع. في الوعد بالبيع نجد أن الواعد هو وحده الملتزم بهذا الوعد، وفى الوعد بالشراء فالواعد بالشراء هو الموعود لـه بالبيع، وهو وحده الملتزم بهذا الوعد.

في هذه الصورة نجد أن الأطراف أرادوا تأجيل انعقاد البيع إلى الوقت الذى يظهر فيه أحدهما رغبته في المدة المحددة، فإذا لم يظهر أى منهما رغبته في المدة المحددة سقط الوعد[2].

وهذا الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد شائع في الوقت الحالى في فرنسا في مجال بيع الأسهم وذلك لتجنب الخضوع للضرائب الباهظة ولو تم البيع النهائى للأسهم[3] وبالرغم من ذلك فإن القضاء في فرنسا يميل إلى تكييف هذا الاتفاق بأنه وعد ملزم للجانبين[4].

جـ – الوعد الملزم للجانبين:

تنص المادة ١٥٨٩ مدنى فرنسى على أن "الوعد بالبيع يعدل البيع إذا كان هناك رضاء متبادل للطرفين على الشيء والثمن" ويذهب الفقه الفرنسى

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٤، فقرة ٣٨ ص ٧٦.

(٢) Com. 18 juil 1989, Bull. Mensuel Joly 89. 8222, note Bacrot et Berger, qui qualifie les promesses – croisées. "d'engagement synallagmatique"; Douai. 15 juin 1992. D. 257, note Moury.

(٣) P. Le cannu, les actes portant cession d'actions au sens de l'art. 726 du code général des impots, Bull. Joly 1989. 669.

(٤) انظر في اعتبار هذا العقد بيعاً نهائياً

Com. 16 janv. 1990, J. C.P. 91. II. 217 48, note Hannoum, Rev. trim. Dr.civ. 90. 462, note J. Mestre, D. 93, S. 117 note Bousquet: Paris, 20 nov. 1987, D. 89., S. 325 obs – Vasseurs.

وانظر في الفرق بين هذه الصورة والعقد الملزم للجانبين، أو العقد النهائى السنهورى، الوسيط جـ ٤، فقرة ٣٨ ص ٧٦.

إلى أن الوعد الملزم للجانبين بالبيع يشكل إما بيعاً شرطياً، وإما بيعاً مضافاً إلى أجل، واستثنائياً قد يشكل مجرد مشروع عقد.

فالوعد الملزم للجانبين يشكل بيعاً شرطياً إذا كان رضاء كل من البائع والمتصرف إليه نهائياً ومع ذلك انعقاد عقد البيع لا يتوقف عليهم وإنما على شخص من الغير، أما بناء على نص من القانون أو على اتفاق. مثال الحالة الأولى استلزام القانون الحصول على ترخيص إدارى أو إعلان من جانب الإدارة[١] ومثال الحالة الثانية أن يبرم الطرفان عقد عرفى، يسميانه عادة وعد ملزم للجانبين (Contrat synallagmatique ou comprmis) يتضمن شرطاً واقفاً كالبيع تحت شرط الحصول على ترخيص من الإدارة لازم لاستغلال الشيء، رخصة بناء. وهكذا، ولا ينتج البيع آثاره إلا عند تحقق الشرط، وهذه الآثار تنتج بأثر رجعى أو بدونه حسب ما تتجه إليه إرادة الأطراف[٢].

والوعد الملزم للجانبين، خاصة في البيوع العقارية، قد يكون عقداً مضافاً إلى أجل، بحيث لا يصبح نهائياً إلى الوقت الذى يتم إفراغه في شكل رسمى أو دفع كامل الثمن.وهذا بطبيعة الحال أجل واقف.وهذه الصورة تحقق عدة أغراض يسعى إليها المتعاقدين[٣].

وأخيراً قد يعلق الأطراف وجود العقد ذاته على توقيع العقد الرسمى، فهم لم يلتزموا بشيء وإنما أصبح هذا الوعد الملزم للجانبين مجرد مشروع لعقد مستقبل وهذا موقف استثنائى[٤].

وقد أجازت محكمة النقض الفرنسية التنازل عن الوعد الملزم للجانبين بالبيع[٥] بشرط أن يكون قابلاً للتنازل عنه، بمعنى أنه لا يقوم على الاعتبار

---

(١) Ph. Malaurie, L. Aynés, op. cit, no 131 p. 99.

(٢) Ibid, no 135, p. 101.

(٣) Ibid, no 136 p. 101, F.Collart.Dutilleul, Ph. Delebécque, op. cit. No 78 p. 69 et S.

(٤) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٨٥ ص ١٠٨.
Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit, no 138, p. 102, 103.

(٥) Civ. 3, 7 juil, 1993, Bull. III, no 111, D. 94. 594. 597, note J. P. Clavier D. 93, Som. 211 note A. Penneau.

الشخصي، وألا يوجد شرط يمنع ذلك، ولا يكون محظوراً طبقاً لقانون Sapin في ٢٩ يناير ١٩٩٣ والذى يمنع التنازل عن عقود الوعد التى تمت على سبيل المعاوضة من جانب أحد المهنيين في المجال العقارى، وأخيراً أن يتعلق بوعد بالبيع حيث يكون نقل الملكية فيه مؤجلاً وليس بيعاً يترتب عليه النقل الفورى للملكية.

في القانون المصرى تعرف المادة ١٠١ مدنى الوعد بالتعاقد بأنه "الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل".

وإذا كان الغالب عملاً أن يكون الوعد بالتعاقد ملزما لجانب واحد هو الواعد إلا أنه قد تملى الضرورات العملية أن يكون الوعد بالتعاقد ملزماً للجانبين كأن يريد شخصان إبرام عقد معين ولكن يمنعهما عقبة قانونية من إبرامه فوراً، مثل ذلك أن يكون المال المراد بيعه قد شرط على مالكه عدم التصرف فيه خلال مدة معينة، أو أن هذا التعاقد يستلزم لإتمامه صحيحاً، إجراءات معينة، كاستخراج مستندات ضرورية أو الحصول على إذن من المحكمة الشرعية أو المحكمة الحسبية، أو صدور قرار إدارى أو نحو ذلك[1].

في مثل هذه الحالات وغيرها إذا أراد الطرفان أن يرتبط كل منهما بالآخر قبل زوال العقبة القانونية التى تحول دون انعقاد العقد المراد إبرامه، فإن سبيلهما إلى تحقيق هذا الغرض هو إبرام وعد بالتعاقد ملزم للجانبين يعد فيه كل منهما الآخر بإبرام العقد عند زوال تلك العقبة.

بعض الفقهاء يرى أن من يطلق عليه الوعد الثنائى أو المزدوج بالعقد ليس في الحقيقة إلا هذا العقد نفسه، وإن أرجئ قيامه إلى الموعد المحدد، أى

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ١، فقرة ٣٢ ص ٢٦٧، إسماعيل غانم، مصادر الإلتزام، ١٩٦٨، فقرة ٧٦ ص ١٣٩.

عقد مقترن بأجل لا أقل ولا أكثر[1].

٢ـ البيع الابتدائى:

سبق أن رأينا أن الوعد بالتعاقد، في صوره المختلفة، اتفاق يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل. كما أن الوعد بالتعاقد، في كل صوره، يعتبر عقداً تمهيدياً أى يمهد لإبرام عقد آخر هو العقد الموعود به، عقد البيع، أما البيع الابتدائى فهو عقد كامل ونهائى، وأنه هو ذات العقد الذى يقصده عاقداه أولاً وأخيراً، فهو وصف لا يرد على العقد في ذات أحكامه، وإنما يرد على الهيئة أو الصورة التى تبدأ صياغته في أن تجئ عليها، لتتغير فيما بعد لتصير في شكلها النهائى[2]. كل ذلك مشروط بعدم إختلاف العقدين فى الشروط أو الأحكام إذ العبرة بما تنتهى إليه الإرادة فى العقد النهائى.

وترجع نشأة البيع الابتدائى إلى ما يتطلبه القانون في الوقت الحاضر في شأن بيع العقار من وجوب الشهر لنقل الملكية، فبيع العقار لا يكفى وحده لنقل الملكية وإنما يلزم تسجيله حتى يرتب هذا الأثر. وإجراء التسجيل يتطلب بالضرورة بعض الوقت، ثم إنه يستلزم إجراءات وأوضاعاً معينة يقتضيها القانون. هذا كله يؤدى بالمتعاقدين إلى إثبات رضائهما بالعقد وبشروطه في محرر أولى، انتظاراً إلى إعادة تحريره من جديد في عقد نهائى يتمشى مع مقتضيات التسجيل.

فالعقد الابتدائى والعقد النهائى في مجال البيع ـ فى حالة تطابقهما ـ لا يعدو أن يكونا مسميين لعقد واحد، هو عقد البيع مجرداً عن النعت والتخصيص.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، موسوعة القانون المدنى المصرى، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامى، ١٩٨٤ فقرة ٨٠ ص ١٨٤. وانظر حكم محكمة النقض في ١٩٧٢/٥/٢٥ مجموعة أحكام النقض، س ٢٣ ص ١٠١٠، والتى اعتبرت أن الوعد المتبادل بالبيع والشراء .. هو بيع تام ملزم للطرفين تترتب عليه كل الآثار التى تترتب على البيع، ولا يؤثر عليه إرجاء التحديد النهائى لمساحة المبيع – بل وأجازت المحكمة التنازل عن هذا العقد.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٧٩ ص ١٦٧.

كل ما في الأمر أن اصطلاح"العقد الابتدائى" يعنى العقد في صورته الأولية قبل التسجيل، في حين أن اصطلاح "العقد النهائى" يعنى ذات العقد ولكن في صورته النهائية التى تتمشى مع مقتضيات إجراءات التسجيل.

ليس معنى ذلك أن فكرة العقد الابتدائى محصورة بالضرورة في نطاق التصرفات العقارية إذ لا يوجد ثمة ما يمنع العاقدين من أن يتفق على إعادة إبرام عقدهما، الذى اتفقا عليه مشافهة، في محرر مكتوب، تيسيراً لإثباته.

وعلى ذلك فإن البيع الابتدائى يرتب كافة الالتزامات والآثار التى من شأن العقد أن يرتبها، بغض النظر عن اتسامه بوصف "ابتدائى" أو "نهائى" وذلك باستثناء نقل الملكية في العقار إذ أن نقل الملكية في العقار بمقتضى العقد لا يكون إلا بالتسجيل ومن تاريخ حصوله، والعقد الابتدائى هو بالضرورة عقد لا يسجل، إذ إن التسجيل لا يلحق إلا بالعقد النهائى.

وزيادة على الالتزامات التى يرتبها العقد الابتدائى، اعتباراً بأنه العقد الكامل المقصود أولاً وأخيراً، وإن جاء في صيغة أولية، فإنه يولد أيضاً التزاماً خاصاً به، مستمد من علة وجوده ذاتها، وهذا هو الالتزام الذى يثقل كل من طرفيه، والمتمثل في وجوب أن يسهم كل منهما بنصيبه المعلوم في إبرام العقد النهائى[1].

ولذلك فإذا لم يفِ أى من طرفى العقد الابتدائى بالتزامه بالمشاركة في إبرام العقد النهائى على نحو ما يفرضه عليه العقد ومجريات الحال، كان للطرف الآخر أن يقاضيه ويطلب الحكم في مواجهته، بصحة العقد ونفاذه، شريطة ألا يكون هو بدوره مخلاً بالتزاماته التى يفرضها العقد عليه. وهذا الحكم يقوم مقام العقد النهائى، ويترتب على تسجيله انتقال الملكية إلى المشترى[2].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٧٩ ص ١٦٨، السنهورى، الوسيط جـ ٤، فقرة ٤٢ ص ٨٣.

(٢) السنهورى، المرجع السابق فقرة ٤٢ ص ٨٤.

ملحق: العقد الأولى Contrat préliminaire في القانون الفرنسى[1]:

وهذا العقد يتعلق ببيع عقار تحت الإنشاء. وقد نظمه قانون ٧ يناير ١٩٦٧ ولائحته التنفيذية (مادة ل ، ر ٢٦١ من تقنين البناء والإسكان) وهذا القانون متعلق بالنظام العام وخاصة إذا كان محل البيع عقاراً تحت الإنشاء لاستعمال السكن أو الاستعمال المهنى والإسكان. وهذا هو النطاق الذى فرض القانون عليه الحماية.

عقد البيع يمكن أن يسبقه "عقد أولى" ويسمى غالباً بـ "عقد الحجز" Contrat de réservation. هذا العقد يلتزم بمقتضاه البائع المحتمل (المحجوز لديه) réservant بحجز عقار معين للمشترى المحتمل (الحاجز) réservataire. وهذا العقد يخضع للقواعد العامة (مادة ل. ٢٦١ – ١٥ من تقنين البناء والإسكان) وكذلك تطبق نفس القواعد على عقد إيجار – الإشغال – location accession (قانون ١٢ يوليو ١٩٨٤).

هذا القانون حاول أن يوفق بين مصالح الطرفين. فمن ناحية، نجده قد نظم بدقة نطاق ونظام المبالغ التى ينبغى أن يدفعها الحاجز، كما أنه أعطى له رخصة التخلص من العقد. من ناحية أخرى، نجد أن المحجوز لديه عنده الإمكانية لإبرام العقد من أجل "سبر" السوق حتى ولو قبل أن يقرر طرح الصفقة العقارية: وهكذا يبدو لنا أن محتوى تعهداته متغير وليس على وتيرة واحدة. وفى نطاق المحاولة لإيجاد التوازن نجد أن محل الاهتمام الأول هو حماية الحاجز ضد الممارسات التعسفية من جانب المحجوز لديه.

فرض القانون شكلية معينة لإبرام العقد فتطلب بأن يكون هذا العقد مكتوباً (مادة ر. ٢٦١ – ٢٧ من تقنين البناء والإسكان) وتكفى الكتابة العرفية. كما أن القانون وضع شروطاً من حيث الموضوع أكثر مرونة من الوعد بالبيع، فالعناصر الأساسية للعقد يمكن أن تكون أقل تحديداً منها في الوعد بالبيع.

(١) D. Ponton – Grillet. Le contrat de réservation, D. 1991 chr. 26.

العـادى. فليس من الضرورى أن يحدد الشيء أو الثمن بدقة، لكن مكان ووصف العقار المحجوز يجب الإشارة إليه، أما بالنسبة للمسطح ومكوناته فيكفى تحديده بشكل تقريبى. وهذه القواعد تهدف في النهاية إلى حماية المحجوز لديه.

كما أن القانون قد حدد التزامات كل من الحاجز والمحجوز لديه.

- فالتزامات الحاجز حددت بالقانون، على أساس وديعة على سبيل الضمان لا يجوز أن تتجاوز ٥% أو ٢% من الثمن المبدئى طبقاً لما إذا كانت مدة الحجز أقل من سنة أو من سنتين، فإذا كانت أطول من ذلك فإنه محظور أن يطلب منه أى مبالغ كانت (مادة ر. ٢٦١ – ٢٨ من نفس التقنين) هذه الوديعة تودع في حساب خاص للمحجوز لديه، لا يجوز التصرف فيه ولا يجوز الحجز عليه، هذا الحساب يكون مع ذلك مفيداً له، لأنه يدل عن جدية المشروع، كما يسمح له الحصول بمقتضاه على ائتمان من البنوك، وتشكل هذه المبالغ ضماناً لدفع الثمن عندما يتحول العقد الأولى إلى بيع. وهذه المبالغ تقابل الالتزام بالحجز وتشبه التعويض عن عدم التصرف في العقار في الوعد بالبيع، ولذلك فإنها ليست شرطاً جزائياً[1].

- بالنسبة للمحجوز لديه، فعليه التزام بعدم التصرف في العقار المحجوز إلى الغير كما أنه لا يمكن أن يجبر على البيع للحاجز[2]، أى أن الإخلال بالتزاماته يرتب عليه فقط التزام بالتعويض وبرد الوديعة التى على سبيل الضمان[3]. بطبيعة الحال يمكن أن يلتزم بالتزامات أكثر من ذلك إن شاء، بل يمكنه أن يبرم عقد وعد بالبيع.

لكن ما هى الطبيعة القانونية لهذا العقد الأولى، عقد الحجز. اختلف كل من الفقه والقضاء حول هذه الطبيعة.

(١) Civ. 3, 28 mars 1990, Bull. III. No 86. D 91. 187 note R. Cabrillac, som. 158, note G. Paisant; civ. 3, 10 fevr. 1991, Bull. III no 116 J. C. P. 91. IV. 227.

(٢) Civ.3, 18 déc 1984, Bull. III, 217, 3 juin 1987, Bull. III, no 114, J. C. P. V. 277.

(٣) Civ. 3, 11 juin 1987, J. C. P. 87. IV. 287.

بعض الفقهاء يرى أن هذا العقد لـه دائماً طبيعة واحدة، وهو أن هذا العقد يعتبر وعداً بالبيع ملزم لجانب واحد معلق على شرط واقف هو إتمام المشروع[1]. فالمحجوز لديه وعد بالبيع إذا قام بالبناء، ولكنه حر في عدم البناء. البعض منهم اعتبره وعد بالتفصيل[2].

البعض الآخر، أنصار فكرة الازدواجية، يرى أن هذا العقد يمكن أن يغطى وضعين مختلفين طبقاً للوقت الذى أبرم فيه[3] فإذا أبرم العقد قبل الانتهاء من وضع مشروع البناء، فإنه يعتبر مجرد (اختبار تجارى teste commercial) إذ المحجوز لديه ليس عليه أى إلتزام بتنفيذ مشروعه، فإنه يستطيع عدم البيع حتى ولو قام بالبناء، ولا تقوم مسئوليته إلا إذا أثبت الحاجز سوء نيته. على العكس من ذلك عندما يتم التعاقد بعد إعداد المشروع النهائى، ففى هذه الحالة يعتبر العقد وعد بالبيع ملزم لجانب واحد مع رخصة الرجوع، حيث يستطيع الحاجز أن يظهر فيما بعد رغبته التى أعطيت لـه، كما أن مسئولية المحجوز لديه تنعقد إذ هو أخل بالعقد ورفض البيع.

القضاء الفرنسى لم يتخذ موقفاً من هذا الخلاف الفقهى، ولكن ذهب إلى عدم اعتباره وعد بالبيع ملزم لجانب واحد وذلك حتى لايخضعه للمادة ١٨٤٠/أ من التقنين العام للضرائب وهى تفرض إجراءات معينة وترتب على تخلفها جزاء البطلان[4] واكتفى بالقول أنـه عقد ذو طبيعة خاصـة[5] Contrat sui generis وفى أحكام أخرى قد سمح لقاضى الموضوع بأن يكيف العقد بأنه وعد بالبيع بات (ملزم لجانب واحد بطبيعة الحال) وذلك طبقاً لما اتجهت إليـه إرادة

---

(١) Cornu, note Rev. trim. Dr. civ. 1972, 611; 1974, 433.

(٢) F. Collart – Dutilleul, op.cit, no 102 –103, R. Saint Alary, la vent d'immeuble à construire, J. C. P. 1986. I. 2146 no 47.

(٣) Vion, Rep génér du notariat. Defrénois, 1974, à 30657.

(٤) Civ. 3, 16 nov. 1994, Bull. III. 196, J. C. P. 95. IV, 196.

(٥) Civ. 3, 27 oct 1975 sté Novry, Bull. III, no 309, D. 76. 97 note E. Frank., J. C. P. 76. II, 18340; Gaz.Pal. 76. I. 67, Rev trim. Dr. civ. 76. 363, note G. Cornu.

المتعاقدين[1].

في الواقع إن القانون لم يفرض شكل وحيد للعقد، أو نظمه في صورتين وإنما اكتفى بتحديد الحد الأدنى من الحماية للحاجز التى يجب أن لا ينزل عنها الاتفاق، وإن كان يمكن أن يزيد عنها[2]. فالمتعاقدين يستطيعوا إبرام وعد بالبيع ملزم لجانب واحد، لكن التعويض عن عدم التصرف في العقار سيخضع دائماً للنظام الخاص بالوديعة على سبيل الضمان.

٣ـ البيع بالعربون:

الأصل في التعاقد أنه بات، بمعنى أنه لا يجوز لأحد طرفيه بعد تمامه أن يستقل بالتحلل منه، ولكن يسوغ في بعض الأحيان أن يتم التعاقد، على أن يكون للطرفين أو لأحدهما أن يعدل عنه بمحض إرادته، ومن أبرز هذه الحالات، التعاقد بالعربون. وأكثر ما يقع الاتفاق على العربون في عقد البيع، بأن يدفع المشترى للبائع مبلغ من النقود يسميه عربوناً، وهو عادة جزء من الثمن، إما لتأكيد انعقاد البيع، وإما لحفظ الحق لكل من المتعاقدين في العدول عن العقد مقابل خسارة قدر هذا العربون أو أكثر، بحسب الظروف.

فما هو المقصود بالعربون وما هى دلالته؟ثم ما هى أحكام هذا العربون؟؟

أ – المقصود بالعربون ودلالته:

العربون هو مبلغ من النقود يدفعه المشترى للبائع عند إبرام العقد لتحقيق غاية معينة.

وتتنوع الغاية من العربون:

---

(١) Civ. 3, 21 juin 1977, Bull. III, no 270, D. 79. 571, note Nguyen phu – Due.

(٢) Ph. Malinvaud, et Ph.Jestaz,Droit de la promotion immobiliére Dalloz 6e éd, 1995, no 151 et s.

- فقد يكون الغرض من دفعه هو حفظ الحق لكل من المتعاقدين في العدول عن البيع في نظير أن يدفع قيمة العربون أو أكثر للطرف الآخر، بحسب الظروف.

- قد يكون القصد من دفعه هو تأكيد انعقاد العقد باعتبار أن دفع العربون دليل على النية الجدية في تنفيذ العقد، وبعبارة أخرى يعتبر دفع العربون بمثابة بدء في تنفيذ العقد.

وعلى ذلك يكون للعربون إحدى دلالتين:

١- إما دلالة العدول

٢- وإما دلالة البت

- ولتحديد دلالة العربون فإنه لا مناص من الرجوع إلى قصد المتعاقدين. فإذا صرح المتعاقدان بما يقصدانه، أو أمكن استخلاص قصدهما ضمناً من ظروف التعاقد، وجب الأخذ بما قصداه[1].

أما إذا لم يتبين قصد العاقدين فقد وضع المشرع قرينة قانونية تقبل إثبات العكس – م ١٠٣/ ١ مدنى مصرى – تقضى بأن الأصل في دفع العربون أن تكون له دلالة العدول عن البيع ما لم يثبت المتعاقدان أو أحدهما عكس ذلك، أى أن يكون للعربون دلالة البت والتأكيد والبدء في تنفيذ العقد[2].

ب- أحكام العربون:

تختلف أحكام العربون باختلاف دلالته.

أولاً – ففى حالة الدلالة على الاحتفاظ بالحق في العدول، يكون العربون هو مقابل هذا الحق. وعلى ذلك فإذا رجع المشترى في البيع فإنه يخسر العربون الذى دفعه إلى البائع ويصبح حقاً لهذا الأخير. كذلك يستطيع البائع أن يرجع في

---

(١) نقض ١٩٥٦/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض، س ٧ ص ٣٦٩، ١٩٥٦/٤/٥ نفس المجموعة، س ٧ ص ٥٠٨، ١٩٧٠/٤/٣٠ نفس المجموعة، س ٢١ ٧٤٣، ١٩٧٥/٢/٢٣، س ٢٦ ص ٤٥٧.

(٢) نقض ١٩٧٠/٢/٢٦، نفس المجموعة، س ٢١ ص ٣٤٤، نقض ١٩٨٠/١٢/٢، س ٣١ ص ١٩٩٢، ١٩٨٧/٣/٣١ الطعن رقم ١٦٣٧ س ٥٣ سعيد شعلة، ص ٤٦٧.

البيع ولكنه في هذه الحالة يرد له العربون الذى أخذه منه ثم مقداراً معادلاً له هو الذى يستحقه المشترى فوق استرداده لما دفعه كمقابل لحق العدول من جانب البائع.

وهذا ما تنص عليه المادة ١٠٣ مدنى مصرى بقولها "١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه. إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك" "٢- فإذا عدل من دفع العربون، فقده. وإذا عدل من قبضه، رد ضعفه. هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر".

ولما كان العربون يعتبر مقابلاً لحق المتعاقد في العدول عن العقد[١]، فإن المتعاقد الذى دفعه يفقده كثمن لعدوله، والذى قبضه يرده، هذا من حق المشترى أصلاً، ويرد مثله هذا هو مقابل لاستعماله الحق في العدول، ولو لم يترتب على العدول أى ضرر للطرف الآخر وفى مقابل ذلك لا يستحق عن العدول إلا مبلغ العربون ولو نشأ عنه ضرر أكبر. وعلى ذلك فيعتبر العدول استعمالاً لحق يستحق عنه مقابل، لا خطأ يستحق تعويضاً عن الضرر الذى قد ينتج عنه وبالتالى لا يجوز للقاضى تعديله وهذا هو الذى يفرق العربون عن الشرط الجزائى، وهو اتفاق على تقدير التعويض عن الضرر الذى يتوقع المتعاقدان حدوثه عند الإخلال بالعقد.

لكن ما هو وقت مباشرة الحق في العدول؟؟

إذا كان من شأن العربون أن يمنح لأى من طرفيه حق العدول عن العقد، وجب أن نتعرف على الوقت الذى يباشر فيه هذا الحق. وهذا الأمر لا يخرج عن أحد فرضين.

الفرض الأول: إذا اتفق الطرفان أو جرى العرف على تحديد مدة فإنه يجب مباشرة هذا الحق خلالها، وإلا تأكد قيام العقد وصار إلى بتاته.

---

(١) انظر في تكييف العربون السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٤٦ ص ٩٠ وما بعدها.

الفرض الثانى: إذا لم يحدد ميعاد لمباشرة حق العدول عن العقد اتفاقاً أو عرفاً، يبقى هذا الحق قائماً للمتعاقد، وحق لـه أن يعدل عن العقد، إلى أن يصدر منه ما ينم عن رغبته في تأكيد انعقاد العقد، وبالتالى عن رغبته في النزول عن الحق في العدول عنه. وتلك الرغبة في تأكيد العقد قد تجئ منه صراحة، وقد تستخلص دلالة من ظروف الحال، وعلى الأخص من قيامه بعد دفع العربون أو قبضه، على حسب الأحوال، بتنفيذ الالتزامات التى يولدها العقد في ذمته. لكن في هذه الحالة ليس هناك ما يمنع من أن يبادر أى من الطرفين بإنذار الآخر يحدد لـه مدة معقولة يتعين عليه فيها أن يعدل عن العقد إذا شاء، وإلا اعتبر متنازلاً عن حق العدول. ويجوز للطرف الآخر أن ينازع معقولية هذه المدة فيعرض الأمر على القضاء لحسم النزاع حول معقولية أو عدم معقولية هذه المدة.

ثانياً –في حالة الدلالة على تأكيد البتات في العقد، يكون دفع العربون تنفيذاً جزئياً للعقد يجب استعماله، ولا يجوز لأى من الطرفين أن يعدل عنه.

فإذا لم ينفذ أى منهما التزامه طبقت القواعد العامة فيكون للطرف الآخر طلب التنفيذ العينى أو التعويض أو الفسخ ويجوز في حالة الفسخ المطالبة بتعويض تكميلى وليس حتماً أن يكون هذا التعويض بقدر العربون، وإنما هو يقدر طبقاً للقواعد العامة بحسب جسامة الضرر.

ثالثاً – البيع بواسطة النائب:

الأصل أن يقوم الشخص بنفسه بإبرام ما يحتاج من عقود، لكن قد تحول الظروف دون ذلك، كبعده أو غيبته، أو قلة تجربته وخبرته، أو كثرة أعماله وانشغاله، فلا مناص في هذه الحالات من ضرورة قيام شخص آخر غيره بإبرام هذه العقود نيابة عنه.كما أنه قد يكون الشخص عديم الأهلية أو ناقصها، وبالتالى يحتاج إلى من يقوم بالنيابة عنه في إبرام ما يحتاج من

تصرفات قانونية. ولذلك نجد أن النيابة في التعاقد قد فرضتها مقتضيات الحياة العملية لأنها تيسر قضاء مصالح الناس وحاجاتهم.

وبناء على ذلك فإنه يجوز التبايع بطريق النيابة، فيقوم بالبيع نائب عن البائع، أو يقوم بالشراء نائب عن المشترى، أو يباشر كلاً من البيع والشراء نائب عن كل من البائع والمشترى.

المهم أنه لو نظرنا في جميع هذه الحالات نجد أن جوهرها يتلخص فى أن نتائج تصرف النائب تقع مباشرة في ذمة الأصيل على وجه الاقتصار. على النحو السابق دراسته في النظرية العامة للالتزام.

كما أنه يبين مما تقدم أن النيابة قد تجد مصدرها في الاتفاق – وهذه هى النيابة الاتفاقية – وقد تجد مصدرها في القانون – وهذه هى النيابة القانونية – وهى نيابة كل من الولى الشرعى والوصى والقيم والوكيل عن الغائب والحارس القضائى.

وسنقتصر هنا على دراسة **أولاً**: سلطة الوكيل في عقد البيع. **ثانياً**: مدى سلطة النائب في حالات النيابة القانونية **ثالثاً**: حكم بيع النائب لنفسه.

١- سلطة الوكيل في عقد البيع: ولتحديد نطاق سلطة الوكيل في إبرام عقد البيع يجب الرجوع إلى عقد الوكالة الذى أعطى له السلطة وذلك على ضوء نصوص القانون.

- فإذا كانت الوكالة عامة – وهى الوكالة التى ترد في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل. فإن هذه الوكالة لا تخول للوكيل إلا سلطة القيام بأعمال الإدارة (م ٧٠١/ مدنى مصرى) [١] ومثال ذلك أن يوكل شخص غيره "في إدارة أعماله والقيام بما يراه في صالحه".

---

(١) نقض ١٩٦٩/٦/١٩ مجموعة أحكام النقض، س ٢٠ ص ١٠١٧.

وعلى ذلك فإن البيع، وهو من أعمال التصرف، لا يدخل في سلطة الوكيل العام إلا أن يكون مما تقتضيه أعمال الإدارة، كبيع المحصول، أو بيع البضاعة إذا تعلقت الإدارة بمتجر، وبيع المنقول الذى يسرع إليه التلف، وشراء ما يستلزمه الشىء محل الوكالة لحفظه، ولاستغلاله (م ٧٠١/ ٢ مدنى مصرى).

فيما وراء ذلك فإنه لابد من وكالة خاصة حتى يستطيع الوكيل أن يقوم بالبيع (م ٧٠٢/ ١ مدنى مصرى). ولتحديد سلطة الوكيل في هذا فإنه لابد من الرجوع إلى عقد الوكالة. فقد تخول الوكيل سلطة البيع أو الشراء بالنسبة لعين معينة فلا يجوز للوكيل في هذه الحالة أن يباشر العقد إلا بالنسبة لهذه العين ووفقاً للشروط التى وضعها الموكل في عقد الوكالة.وقد يكون التوكيل دون تحديد لمحل العقد ولذلك يكون للوكيل مباشرة عقد البيع بالنسبة لأى مال من أموال موكله، (انظر في هذه الأحكام م ٧٠٢/ ٢، ٣ مدنى مصرى).

٢ـ سلطة النائب بالبيع والشراء في حالات النيابة القانونية: في هذه الحالات النائب يستمد ولايته من القانون. كما أن القانون هو الذى يحدد مدى هذه الولاية.

أ – في الولاية على المال: قد حدد قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ سلطة كل من الولى الشرعى والوصى والقيم والوكيل عن الغائب على النحو التالى:

١ـ سلطة الولى الشرعى في البيع والشراء: تثبت الولاية الشرعية على مال القاصر للأب ثم للجد الصحيح، ولكن سلطة كل منهما تختلف في البيع والشراء على النحو التالى:

ـ بالنسبة للأب: فله بحسب الأصل أن يتصرف بالبيع والشراء في جميع أموال القاصر بدون إذن المحكمة، ولكن القانون وضع عدة قيود تختلف باختلاف طبيعة وقيمة محل البيع أو الشراء أو بحسب مصدر المال المملوك للقاصر، وذلك على النحو الآتى:

أولاً: لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها عن ثلثمائة جنيه إلا بإذن من المحكمة. ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة (م٧ من قانون الولاية على المال).

ثانياً: لا يجوز له أن يبيع عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة (م٦) ولا يسرى هذان القيدان على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحاً كان التبرع أو مستتراً ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال (م ١٣).

ثالثاً: إذا ورث القاصر مالاً وكان المورث قد أوصى بألا يتصرف وليه في المال الموروث فلا يجوز للأب أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها (م٨) وهذا القيد يسرى حتى بالنسبة للعقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية التى لا تزيد قيمتها على ثلثمائة جنيه.

وللأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر في حدود سلطته سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، إلا إذا نص القانون على غير ذلك (م ١٤).

- **بالنسبة للجد الصحيح**: فلا يجوز له بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر (م ١٥) ويستوى في ذلك أن يكون هذا المال عقاراً أو منقولاً، وسواء كان التصرف بيعاً أو شراء.

ولا يجوز للجد أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر في حدود سلطته سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر بل يلزم تعيين وصى خاص للتعاقد معه (م ٣١).

٢ـ سلطة الوصى والقيم والوكيل عن الغائب في البيع والشراء: لا يجوز للوصى، وفقاً لنص المادة ٣٩، أن يتصرف في أموال القاصر، أياً كانت قيمتها، وأياً كان محلها عقاراً كان أو منقولاً، وأياً كان نوع التصرف، بيعاً أو شراءً، إلا بإذن المحكمة. ولا يستثنى من هذا إلا الأحوال التى يعتبر فيها البيع والشراء من التصرفات اللازمة لأعمال الإدارة.ولا يجوز للوصى شراء مال القاصر لنفسه أو بيع ماله للقاصر إلا بإذن خاص في ذلك من المحكمة، بل ويجب عليه أن يطلب تعيين وصى خاص لإبرام العقد معه (م ٣١/ جـ).

وتسرى هذه الأحكام على القيم والوكيل عن الغائب (م ٧٨).

ب ـ سلطة الحارس القضائى: والحارس القاضى لا يتم تعيينه على المال إلا في حالات معينة، أهمها أن يكون المال قد قام في شأنه نزاع أو كان الحق فيه غير ثابت أو كان صاحب المصلحة فيه قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه (٧٢٩ ـ ٧٣٠ مدنى)[1].

ويتم تعيين الحارس باتفاق ذوى الشأن جميعاً، وإلا تولى القاضى تعيينه (م ٧٣٢ مدنى).

ويحدد الاتفاق أو الحكم القاضى بالحراسة سلطة الحارس في البيع والشراء (م ٧٣٣). فإذا لم يكن هناك تحديد لهذه السلطة فلا يكون للحارس إلا سلطة القيام بأعمال الإدارة (م ٧٣٥ مدنى) فلا يجوز له مباشرة البيع أو الشراء في الأموال التى يتولى حراستها إلا إذا كان ذلك مما تقتضيه أعمال الإدارة.

٣ـ بيع النائب لنفسه: وهنا سنعرض للقاعدة العامة، ثم نتكلم عن تطبيقات خاصة لها في مجال البيع.

---

(١) انظر السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٥١ ص ٩٨.

أ - القاعدة العامة أنه "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد، كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة" (م ١٠٨ مدني مصري).

وعلى ذلك لا يجوز للنائب عن البائع في بيع شيء معين أن يشتريه لنفسه، كما أنه لا يجوز للنائب أن يتعاقد بصفته نائباً عن طرفي العقد، مثل ذلك أن يوكل شخص آخر في بيع شيء فيشتريه لشخص آخر يكون قد وكله في شرائه.

في هاتين الصورتين نجد أن شخصاً واحداً يقوم بإبرام العقد، وذلك بالتعبير عن إرادة الطرفين وبالتالي ليس هناك اعتراض من الناحية الفنية، ولكن ما يثور من اعتراض يتعلق من الناحية العملية، حيث إن القاعدة أن النائب يقوم بالعمل على رعاية مصالح الأصيل وبالتالي كيف يتسنى له ذلك في هاتين الصورتين؟ ففي الصورة الأولى أليس من المتصور أن يميل إلى مصلحته دون مصلحة الأصيل؟ وفي الصورة الثانية كيف يوفق ويحمي المصالح المتعارضة للطرفين اللذين ينوب عنهما؟

وإذا كان الأصل هو منع تعاقد الشخص مع نفسه إلا أن القانون قد أورد عدة استثناءات على أساس انتفاء العلة من المنع فيها، كما إذا وجد نص في القانون يجيز ذلك، أو إذا رخص الأصيل أو من يقوم مقامه بذلك، أو إذا قضت قواعد التجارة بذلك.

ب- تطبيقات خاصة: قد أورد المشرع تطبيقات خاصة لهذه القاعدة العامة في عقد البيع، تحت عنوان بيع النائب لنفسه في المواد ٤٧٩ – ٤٨١ مدني مصري.

تنص المادة ٤٧٩ مدني مصري على أنه "لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطات المختصة أن يشترى لنفسه،

مباشرة أو باسم مستعار، ولو بطريق المزاد العلنى، ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى".

وتنص المادة ٤٨٠ مدنى مصرى على أنه "لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها، سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار".

وتنص المادة ٤٨١ مدنى على أنه "يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازه من تم البيع لحسابه".

نطاق المنع من حيث الأشخاص:

يمتد نطاق هذه النصوص ليشمل كل من كان نائباً عن غيره، أياً كان مصدر هذه النيابة، في بيع مال هذا الغير، فلا يجوز له شراء هذا المال لنفسه، لتعارض المصالح على النحو السابق بيانه. ولذلك يمكن تقسيم النيابة بحسب مصدرها لتحديد طوائف الأشخاص الممنوعين من البيع.

الطائفة الأولى: الأشخاص الذين ينوبون عن الغير في بيع أموالهم بمقتضى الاتفاق. وهذه الطائفة تشمل:

الوكالة: فمن وكل في بيع مال لا يجوز له أن يشتريه لنفسه مباشرة أو باسم مستعار، كأن يشتريه لزوجة أو لولد له أو لأحد ممن يمت له بصلة. ويستوى أن يكون الشراء بالممارسة أو في المزاد العلنى (م ٤٧٩ مدنى).

ويدخل في هذه الطائفة من عين مصفياً لتركة أو لشركة، فلا يجوز له شراء المال الذى يصفيه.

الطائفة الثانية: الأشخاص الذين ينوبون عن الغير في بيع أموالهم بمقتضى نص في القانون أو بأمر من القضاء. كالوصى والقيم والوكيل عن

الغائب والسنديك والحارس القضائى وقد سبق أن عرضنا للشروط الواجب توافرها لشراء هذه الأموال فيما سبق.

ويدخل في هذه الطائفة أيضاً الموظف العام الذى قد ينوب عن الدولة في بيع أموالها بموجب أمر من السلطة الإدارية. فلا يجوز له أن يشترى المال المعهود إليه في بيعه لا باسمه ولا باسم مستعار ولو كان الشراء في مزاد علنى.

الطائفة الثالثة: السماسرة والخبراء لا يجوز لهم أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار، وسواء أكان أى منهما وكيلاً بالبيع أو لم يكن كذلك. لتوافر العلة من المنع في الحالتين. والسمسار والخبير ممنوعان من شراء المال ولو بيع في المزاد العلنى.

جزاء الشراء رغم المنع:

يذهب الفقه الحديث في مصر[١] إلى أن تعاقد النائب مع نفسه، سواء باعتباره أصيلاً في الشراء أو باعتباره نائباً عن غيره فيه، يكون قد جاوز حدود نيابته فلا ينفذ تصرفه في حق الأصيل إلا إذا أقره فينفذ في حقه، حيث إن الإقرار اللاحق كالتصريح السابق[٢].

---

(١) انظر السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٥٥ ص ١٠٦، أنور سلطان، فقرة ٤٥٧ ص ٤٣٤، إسماعيل غانم، ص ١١٦، قارن منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٤ ص ٣٠١ وما بعدها حيث يرى الشراء قبل الإجازة يكون عقداً موقوفاً، على غرار العقد الموقوف في الفقه الإسلامى.

(٢) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن شراء النائب أو السمسار أو الخبير رغم المنع فإن التصرف يكون باطلاً بطلاناً نسبياً، وقد تقرر هذا البطلان بنص خاص، سمير تناغو، فقرة ١٠٢ ص ٤٢١ وهذا ما تذهب إليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى. انظر السنهورى، الوسيط جـ ٤، فقرة ٥٥ ص ١٠٥ ويرى الدكتور سمير تناغو، أن البطلان هنا بطلاناً نسبياً بمعنى القابلية للتصحيح أى لا يكون البيع منتجاً لآثاره إلى أن يتقرر تصحيحه وذلك على خلاف القابلية للإبطال فقرة ١٠٢ ص ٤٢٢.

المبحث الثانى

صحة الرضى

إذا كانت دراستنا في المبحث السابق تنصب على وجود الرضى كركن أساسى لقيام البيع، فإنه يلزم الآن دراسة صحة هذا الرضى حتى يتوفر للبيع صحته واستقراره.

فيجب إذن أن يكون رضى كل من العاقدين رضى صحيحاً، ويكون الرضى صحيحاً إذا صدر عن ذى أهلية وكان خالياً من عيوب الإرادة، وتم عن علم كاف بالمبيع. ولنرَ ذلك بشىء من التفصيل.

المطلب الأول

الأهلية

أهلية التصرف واجبة في كل من البائع والمشترى:

يجب لكى ينعقد البيع صحيحاً أن يكون كل من البائع والمشترى أهلاً للبيع والشراء. ولتحديد هذه الأهلية يجب أن نعرض باختصار أحكام الأهلية لنحدد الدائرة التى يجوز فيها البيع والشراء.

إن الإنسان منذ تمام ولادته حياً يكتسب الشخصية القانونية وهى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. ويترتب على ثبوت الشخصية القانونية تمتع الشخص بأهلية وجوب. وأهلية الوجوب هى مدى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.

أما فيما يتعلق بمباشرة الحقوق وأداء الالتزامات، فإن الأمر يتوقف على قدرة الشخص في ممارسة شخصيته القانونية، وهذه القدرة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالسن. وهذه هى أهلية الأداء. فأهلية الأداء هى صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية، أو بمعنى آخر صلاحية لصدور التصرفات القانونية منه على وجه يعتد به قانوناً.

وتتدرج أهلية الأداء بتدرج السن فيعتبر الشخص فاقد التمييز في سن قبل السابعة، وهو بعد السابعة وقبل إدراكه سن الرشد يعتر مميزاً، وتكون له أهلية أداء ناقصة، وأخيراً بإدراكه سن الرشد يكون كامل التمييز، وسن الرشد يحددها القانون بسن معينة، قد تكون ١٨ سنة أو ٢١ سنة وذلك على اختلاف فيما بين القوانين وهى ٢١ سنة في القانون المصرى.

ولكن لا يكفى أن يبلغ الشخص سن الرشد حتى يكون كامل الأهلية بل يتعين أن يكون قد بلغ هذه السن وهو متمتع بقواه العقلية ولم يحجر عليه. وذلك لأنه قد يبلغ الشخص سن الرشد ومع ذلك يعرض لإرادته عارض فينقضها، كالسفه والغفلة، أو يعدمها كالجنون والعته، وفى هذه الحالات يشمل القانون هؤلاء الأشخاص برعاية خاصة ويخضعهم لتنظيم معين.

كما قد يكون الشخص كامل الأهلية، أى أنه بالغ لسن الرشد متمتع بقواه العقلية غير محجور عليه ومع ذلك تطرأ ظروف مادية (غيبة) أو قانونية (الحكم بعقوبة جناية) أو طبيعية (عاهة مزدوجة أو عجز جسمانى شديد) تعوقه عن مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، أو تعوقه عن مباشرتها منفرداً، وفى هذه الحالات يقرر القانون تعيين شخص آخر يباشر عنه هذه التصرفات أو يقوم إلى جانبه عند مباشرتها.

ونخلص من كل ما تقدم أن الذى يعنينا بصدد دراسة صحة الرضى، حالات نقص الأهلية، لأن نقص الأهلية لا يعدم الرضى ولكن يجعله غير صحيح، وناقصوا الأهلية هم الصبى المميز، والسفيه، وذو الغفلة[1].

أما فيما يتعلق بانعدام الأهلية، كالصبى غير المميز والمجنون والمعتوه، فإن إرادة هؤلاء لا وجود لها في نظر القانون، وبالتالى فإنها لا

---

(١) يكفى طبقاً لنص المادة ١١٥/ ٢ مدنى لإبطال التصرف الصادر من ذى غفلة قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ فلا يشترط اجتماع هذين الأمرين، بل يكفى توافر أحدهما نقض ١٩٧٢/٢/١٥ مجموعة أحكام النقض، س ٢٣ ص ١٦٢، نقض ١٩٧٦/٢/٣ مجموعة أحكام النقض س ٢٧ ص ٣٧٦.

تتعلق بصحة الإرادة وإنما تتعلق بوجودها. فإن تصرفات هؤلاء الأشخاص، ومن بينها البيع والشراء، تقع، كقاعدة عامة، باطلة بطلاناً مطلقاً.

ونخلص مما تقدم إلى ما يلي:

أولاً: إن الصبى غير المميز – ومن في حكمه المجنون والمعتوه بعد الحجر عليهما – ليس أهلاً لا للبيع ولا للشراء. لأنه ممتنع عليه جميع أنواع التصرفات، سواء النافعة نفعاً محضاً، أو الضارة ضرراً محضاً، أو الدائرة بين النفع والضرر، ويعتبر البيع من هذه الأخيرة.

ثانياً: إن الصبى المميز – ومن في حكمه السفيه وذو الغفلة بعد الحجر عليهما – فأهليته في البيع والشراء أهلية ناقصة. فيكون البيع قابلاً للإبطال لمصلحته، وقد يجيز له القانون استثناء إبرام عقد البيع في حدود معينة وبشروط معينة[1].

ثالثاً: إن من بلغ سن الرشد – غير محجور عليه، تكون له أهلية كاملة، وتكون له أهلية البيع والشراء دون أى قيد أو شرط.

فأهلية كل من البائع والمشترى إذن هى أهلية التصرف، وتقتضى بلوغ سن الرشد، ويكفى أن تتوافر هذه الأهلية وقت إبرام عقد البيع ولا أهمية لما يطرأ على أهلية المتعاقدين بعد ذلك. فشرط الأهلية شرط ابتداء وليس شرط بقاء[2].

---

(١) انظر في ذلك نبيل سعد، المدخل إلى القانون، الكتاب الثانى نظرية الحق، دار النهضة بيروت ١٩٩٥ ص ١٦٦ وما بعدها، السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٥٩ ص ١١٠ وما بعدها.

(٢) سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ١٥ ص ٦٤.

المطلب الثانى

سلامة الإرادة من العيوب والعلم بالمبيع

أولاً سلامة الإرادة من العيوب:

يجب إذن أن يكون رضى كل من العاقدين رضى صحيحاً. ويكون الرضى صحيحاً إذا صدر عن ذى أهلية وكان خالياً من عيوب الإرادة.

فإذا كان الرضى غير صحيح بأن صدر من ناقص أهلية أو شابه عيب من عيوب الإرادة، كغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال فإن العقد رغم انعقاده يكون قابلاً للإبطال. وعلى ذلك فإن إرادة ناقص الأهلية أو من تعيبت إرادته، يتوافر لها مقومات الوجود وترتيب الآثار القانونية ولكنها تفقد عنصر السلامة أو الصحة.

وقد كانت عيوب الإرادة محل دراسة مستفيضة في النظرية العامة للعقد، وليس هناك جديد يضاف بصدد عقد البيع ولذلك نحيل إلى ما سبق أن قلناه في هذا الصدد[1].

ولكن المشرع أضاف حكم جديد خاص بالعلم بالمبيع في نص المادة ٤١٩ مدنى والتى تنص على أنه "١ - يجب أن يكون المشترى عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه".

"٢- وإذا ذكر في عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع".

ثانياً علم المشترى بالمبيع:

قد أخذ المشرع في القانون المدنى الجديد، على غرار التقنين المدنى

(١) انظر مؤلفنا، في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، السابق الإشارة إليه ص ١٥٣ وما بعدها.

السابق، أحكام خيار الرؤية أساساً من المذهب الحنفي وأكملها بما ورد في المذاهب الثلاثة ليجعلها تتفق مع الأحكام العامة في القانون المدني. وسنعرض لنطاقه، ثم نقف بعد ذلك على جزاء عدم العلم، وأخيراً سقوط الحق في الإبطال لعدم العلم.

١- نطاق علم المشترى بالمبيع:

المقصود بالعلم الكافي: تنص المادة ٤١٩/ ١ مدني على أنه "يجب أن يكون المشترى عالماً بالمبيع علماً كافياً ...".

فقد خص المشرع المشترى وحده دون البائع بخيار الرؤية، وذلك على ما يذهب إليه جمهور الحنفية. ولذلك لا عبرة بعدم علم البائع بالمبيع، فإذا ورث شخص شيئاً ولم يره ثم باعه فلا أثر لعدم علم على البيع. ويستوى أن يعلم المشترى بنفسه أو بواسطة نائبه.

والعلم المعتبر من جانب المشترى هو العلم السابق لانعقاد العقد، بشرط أن يبقى المبيع إلى وقت العقد على الحالة التى كان عليها وقت العلم، أو على الأقل العلم المعاصر له.

ويتحقق علم المشترى بالمبيع بالتجائه إلى الوسيلة المناسبة لطبيعة المبيع، فقد يكون ذلك عن طريق الرؤية أو الشم أو الذوق إلى غير ذلك. وتكفى في هذا العلم المعاينة ولو لم يتحقق العلم في حقيقة الواقع ما دامت المعاينة قد تمت بطريقة وافية من شأنها أن تمكن الرجل العادى من العلم[١] وإذا كان البيع بالعينة فيجب أن يتوافر العلم بالعينة ذاتها.

وبذلك يختلف العلم بالمبيع عن تعيينه من حيث الوسيلة. كما أنهما يختلفان من حيث الهدف. فتعيين المبيع كشرط أساسى لانعقاد العقد القصد منه

---

(١) انظر منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٦٩.

هو تعيين المبيع تعييناً كافياً بحيث يمكن تمييزه عن غيره. أما العلم بالمبيع فيقصد به جعل رضاء المشترى صادراً عن بينه من أمر ما يشترى.

ولذلك فإن تحقق أحدهما لا يغنى عن الآخر. فقد يكون المبيع معيناً دون أن يعلم به المشترى العلم المقصود في المادة ٤١٩ مدنى. كما لو باع شخص إلى آخر منزلاً تعين بموقعه، كذكر الحى والشارع ورقم المنزل وإلى غير ذلك مما يميزه عن غيره، ومع ذلك يمكن ألا يتوافر علم المشترى به، إذ ليس لديه في ذهنه صورة واضحة وكاملة عنه، فهو لا يعرف مساحة المنزل وكيفية بنائه وعدد طوابقه وحجراته وطريقة توزيعها وملحقاته إلى غير ذلك.

ما يفيد العلم: إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه. (م ٤١٩/ ١). وبذلك يكون المشرع قد وسع في معنى العلم بالمبيع، وجعل الوصف الدقيق يقوم مقام الرؤية وفقاً للمذاهب الثلاثة، وبخلاف المذهب الحنفى. وما زال هناك فارق بين تعيين المبيع والعلم به حتى في هذه الحالة. فتعيين المبيع يكفى فيه أن يكون المبيع معروفاً بذاته لا يقع لبس فيه، بحيث يمكن تمييزه عن غيره. أما العلم المتطلب قانوناً هو بيان الأوصاف الأساسية بياناً يمكن المشترى من التعرف على المبيع وإدراك حقيقته بحيث يجئ رضاؤه عن بينة من أمره للوقوف على مدى ملاءمته للغرض المطلوب له والذى اشتراه من أجله أم لا.

ما يقوم مقام العلم: "إذا ذكر في عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع" (م ٤١٩/ ٢ دنى). وعلى ذلك فإذا اشترى شخص شيئاً لم يعاينه ولم يشتمل العقد على بيان أوصافه الأساسية، ولكن ذكر في العقد أنه عالم به، قام هذا مقام العلم لأن إقرار المشترى بالعلم إما أن يتفق مع الواقع فيتوافر العلم فعلاً وإما أن يخالفه فيفيد أن المشترى لا يعلق أهمية على علمه بالبيع أو أنه يتنازل عن حقه

في الطعن في العقد إن صح التعبير "[1] وفى هذا يخالف المشرع فقهاء الشريعة حيث إنهم لا يجيزون التنازل عن الخيار قبل الرؤية.

ولا قيمة لإقرار المشترى بالعلم إذا كان نتيجة تدليس من البائع، كأن أراه مثلاً عيناً أخرى أو أوهمه أنها العين المبيعة، ففى هذه له أن يتمسك بإبطال البيع للتدليس لا للغلط[2].

الخلاصة: إن علم المشترى بالمبيع يختلف عن تعيين المبيع. ولذلك فإن عدم العلم بالمبيع يؤدى إلى إبطال العقد بينما عدم تعيين المبيع يؤدى إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً. ويمكن أن يتمثل ذلك في الفرض الآتى: تكون العين المبيعة معينة تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، ولكنها مع ذلك لم توصف وصفاً دقيقاً يجعل المشترى على بينة من أمره، ولم يقر المشترى في عقد البيع أنه عالم بالمبيع، ولم يكن قد سبقت له رؤيتها. ففى هذه الحالة رغم تعيين المبيع يثبت للمشترى خيار الرؤية، ويكون له طلب إبطال البيع.

٢ـ جزاء عدم العلم وصلته بالغلط:

إذا لم يتحقق علم المشترى بالمبيع على النحو السابق بيانه فإن البيع يكون قابلاً للإبطال (م ٤١٩/ ٢ مدنى مصرى) هذا الجزاء يثير تساؤلاً هاماً وهو هل القابلية للإبطال كانت نتيجة للغلط أم لمجرد عدم العلم؟ أو بعبارة أخرى هل العلم بالمبيع يعتبر شرطاً مستقلاً لصحة البيع أم أنه تطبيق لأحكام الغلط في البيع؟

وسبب هذا التساؤل يرجع، في نظرنا، إلى الارتباط بين عدم العلم بالمبيع والغلط من عدة وجوه:

أولاً: إن كل من الغلط وعدم العلم يمس من العاقد علمه بما يرتضيه بحيث يجئ رضاؤه عن غير بينة بحقيقة الحال.

---

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٧١.
(٢) السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٦٥ ص ١٢٤.

ثانياً: إن كل من الغلط وعدم العلم بالمبيع يلتقيان عند صفات الشيء. فيعتبر عدم ذكر الأوصاف الأساسية للمبيع من قبيل عدم العلم، ويعتبر الغلط جوهرياً إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين.

ثالثاً: إن كل منهما يتعلق بصحة العقد وبالتالى الجزاء المقرر لهما واحد، وهو القابلية للإبطال.

ولذلك ذهب بعض الفقهاء إلى أن "أحكام العلم بالمبيع ولو أنها مأخوذة من أقوال فقهاء الشرع الإسلامى، إلا أنها تتفق مع المبادئ العامة في القانون المدنى، لأن العلم الكافى كما تستلزم المادة ٤١٩ هو الذى يحول دون وقوع المشترى في الغلط، أما البائع فمفروض علمه بالمبيع" "فإن لم ينص في العقد على علم المشترى بالمبيع أو لم تذكر فيه أوصافه الأساسية فيفترض وقوع المشترى في الغلط. والمشرع أراد إيجاد قرينة قانونية على وقوع المشترى في الغلط في هذه الحالة، أى قرينة على أنه وجد المبيع على صورة يخالف تلك التى يتوهمها، إلا أنها قرينة غير قاطعة يجوز للبائع إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات"(١).

بينما ذهب البعض الأخر إلى أن إبطال العقد لعدم العلم يختلف عن إبطاله للغلط، لأن النص يعطى للمشترى الحق في طلب الإبطال ولو لم يكن هناك غلط فيكفى عدم توافر العلم أو ما يقوم مقامه حتى يتعلق حقه بإبطال البيع(٢).

---

(١) انظر أنور سلطان، فقرة ٥٧ ص ٧١، السنهورى، الوسيط جـ ٤ فقرة ٦٥ ص ١٢٤، ١٢٥.

(٢) حامد زكى في كتابه مع الهلالى ص ٧٨ تحت عنوانه (ملاحظة هامة) بالهامش مشار إليه في أنور سلطان، فقرة ٥٥ ص ٧٠ عبد المنعم البدراوى شرح القانون المدنى، العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، الطبعة الأولى ١٩٥٦ فقرة ٨١ ص ١٢٣ عبد الفتاح عبد الباقى، محاضرات في العقود، الجزء الثانى، س ١٩٥٦ فقرة ٢٩ ص ٤٥ مشار إليهما في منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٧٣ هامش ٢.

ودائرة الخلاف تنحصر بين الرأيين في حالة ما إذا استطاع البائع أن يثبت أن المشترى، بالرغم من عدم تحقق علمه فهو لم يتصور المبيع على غير حقيقته. ففى هذه الحالة لا يكون العقد قابلاً للإبطال لعدم الغلط طبقاً للرأى الأول، بينما يكون العقد قابلاً للإبطال لعدم توفر العلم أو ما يقوم مقامه طبقاً للرأى الثانى.

ونحن نرى أن الارتباط بين عدم العلم بالمبيع والغلط يجب ألا يحجب عنا الفروق الجوهرية بينهما، فمعيار الغلط في أساسه معياراً ذاتياً،ولذلك يكون تقدير الصفات الجوهرية فيه تقديراً شخصياً محضاً. أما تقدير الصفات الأساسية في المبيع والتى تعتبر من قبيل العلم بالمبيع يكون تقديراً موضوعياً الهدف منه التحقق من أن المبيع يفى بالغرض المقصود منه. علاوة على اتساع نطاق الغلط، وقيام أحكامه على التوازن بين مصلحة العاقد الواقع في الغلط واستقرار المعاملات وغير ذلك.

وبناء عليه نجد أن دائرة عدم العلم بالمبيع تتقاطع مع دائرة الغلط ولا تتطابق معها. ويحدث هذا التقاطع عندما يكون عدم العلم بالمبيع ناشيء عن غلط. لكن فيما وراء ذلك يستقل الغلط عن عدم العلم بالمبيع. ونحن نرى أن شرط العلم بالمبيع وضعه المشرع ليعزز الحماية للمشترى، وهذا ما يتفق مع سياسته العامة في تنظيم أحكام عقد البيع، مثل ذلك أحكام تقدير الثمن، وأحكام ضمان العيوب الخفية وإلى غير ذلك.ولذلك نرى أن جعل عدم العلم بالمبيع مجرد تطبيق لأحكام الغلط، حتى مع التحوير والتعديل الذى أدخله الفقه، يضيق من نطاق هذه الحماية بلا مبرر وبلا سند في القانون.

ولذلك إذا لم يتحقق علم المشترى بالمبيع على النحو السابق بيانه، بأنه لم يره ولم يوصف له ولم يقرر علمه به، فإن للمشترى أن يطلب بطال العقد حتى ولو لم يكن إقدامه على الشراء نتيجة غلط، أى نتيجة تصور المبيع على غير حقيقته، هذا يعنى إن مجرد عدم علم المشترى بالمبيع يكفى. ولذلك لا

يجدى إثبات البائع في هذه الحالة عدم وقوع المشترى في غلط ليحول دون إبطال العقد، وإنما كان عليه أن يتحوط من ذلك ابتداء بأن يذكر الأوصاف الأساسية للمبيع، أو على الأقل يجعل المشترى يقرر علمه به في العقد، وهذا ليس بالأمر العسير على البائع في الوقت الحاضر(١).

٣ـ سقوط الحق في طلب الإبطال لعدم العلم:

لم ينص المشرع، على عكس ما فعل بالنسبة لعيوب الإرادة، على سقوط دعوى الإبطال لعدم العلم. ولذلك يجب الرجوع إلى القواعد العامة في سقوط الحق في طلب الإبطال لتحديد أسباب سقوط خيار الرؤية. علاوة على ذلك الرجوع إلى الفقه الإسلامي لتلمس الأسباب الأخرى لسقوط خيار الرؤية(٢).

يسقط خيار الرؤية، طبقاً للقواعد العامة، في الحالات الآتية:

١ ـ إذا لم يتمسك به المشترى خلال ثلاث سنوات من يوم العلم أو خلال خمس عشرة سنة من يوم العقد (م ١٤٠ مدنى مصرى).

٢ ـ إجازة المشترى للعقد، سواء كانت إجازة صريحة أو إجازة ضمنية (م ١٣٩/ ١ مدنى مصرى) ومثل الإجازة الضمنية التصرف في المبيع بعد رؤيته، أو الانتفاع به، وعرضه للبيع، وقبضه ودفع الثمن، وطلب الأخذ بالشفعة.

ويسقط خيار الرؤية بما يسقط به في الفقه الإسلامي ولو تحقق سبب السقوط قبل الرؤية وهى:

١ ـ تصرف المشترى في البيع قبل العلم تصرفاً يوجب حقاً للغير. وهذا يأخذ حكم الإقرار بالعلم بالمبيع، وبالتالى لا يجوز طلب الإبطال.

---

(١) قارن منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٧٣، ٧٤.

(٢) أنور سلطان، فقرة ٤٠ ص ٥١ وما بعدها، منصور مصطفى منصور، فقرة ٤١ ص ٧٥، ٧٦، السنهورى، الوسيط جـ ٤ فقرة ٦٥ ص ١٢٥ هامش ٢.

٢- تعيب المحل في يد المشترى.

٣- بموت المشترى قبل أن يختار، لأن خيار الرؤية لا يورث[1].

(١) انظر في انتقاد ذلك منصور مصطفى منصور، فقرة ٤١ ص ٧٦.

الفصل الثانى

الشىء المبيع

تنوع الأشياء:

الشىء المبيع هو محل التزام البائع. وهذا المحل قد يكون نقل حق الملكية أو أى حق مالى آخر. والحق المالى قد يكون حقاً عينياً غير الملكية كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق الحكر، وقد يكون حقاً شخصياً، كما الحال في حوالة الحق إذا تمت مقابل مبلغ من النقود.

والأشياء التى تصلح لأن تكون محلاً للبيع تتزايد يوماً بعد يوم، كما أنها تتنوع إلى درجة كبيرة لأن نشاط الإنسان لا يتوقف عند حد وإنما يتسع ويمتد ليشمل أكثر وأكثر الأشياء غير المادية علاوة على الأشياء المادية. وتنص المادة ٣٨٣ موجبات وعقود على أن "يصح بيع الأموال المادية وغير المادية".

وطبيعة الشىء محل البيع لها انعكاس كبير على القواعد المنظمة للبيع. فالغبن لا نصادفه إلا إذا كان محل البيع عقاراً. كما أن تعيين الأشياء المعينة بالنوع ونقل ملكيتها لا يتمان على نفس النحو بالنسبة للأشياء المعينة بالذات. وتعيين الأشياء المعينة بالذات ونقل ملكيتها يختلفان بحسب ما إذا كان الشىء عقاراً أو منقولاً. وبيع الأجهزة الحديثة ذات التكنولوجيا المتقدمة، كالحاسبات الآلية وغيرها، ينصب على الانتفاع بها بسبب سرعة تقادم التكنولوجيا في هذا المجال، وهذا ما يفسر اللجوء المتزايد إلى الإيجار التمويلى بصددها وهكذا.

الشروط الواجب توافرها في المبيع:

والأشياء التى يمكن بيعها يجب أن يتوافر فيها عدة صفات أو شروط:

أولاً: يجب أن يكون الشىء موجوداً أو قابلاً للوجود.

ثانياً: يجب أن يكون الشىء معيناً أو قابلاً للتعيين.

ثالثاً: يجب أن يكون الشيء قابلاً للتعامل فيه.

رابعاً: يجب أن يكون الشيء مملوكاً للبائع.

ولنعرض لهذه الشروط بشيء من التفصيل.

المبحث الأول

الوجود أو القابلية للوجود

تمهيد وتحديد:

يشترط لوجود البيع أن يكون المحل الذى يرد عليه موجوداً وقت **انعقاد** البيع أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك. ولذلك فإذا كان المبيع غير **موجود** أصلاً ولا يمكن وجوده في المستقبل فإن البيع يقع باطلاً.

ولنعرض لبيع الأشياء الموجودة، والأشياء المستقبلة على التوالى.

أولاً الأشياء الموجودة:

المرجع هو قصد المتعاقدين:

إذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى بيع شيء موجود فعلاً وقت التعاقد لا على شيء ممكن الوجود، فإنه إذا تبين أن هذا الشيء لم يكن موجوداً وقت التعاقد فإن البيع لا ينعقد لانعدام المحل الذى يرد عليه، حتى ولو أمكن وجوده في المستقبل.

وهذا الحكم قاصر بطبيعة الحال على المبيع المعين بالذات إذ في هذه الحالة فقط يتصور أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى النظر إلى الشيء على أنه موجود وقت التعاقد، أما إذا كان المبيع معيناً بالنوع فحسب فإن البحث في وجوده لا يثور إلا عند تنفيذ الالتزام لا وقت انعقاد العقد.

هلاك الشيء: وكذلك يكون الحكم، أى لا ينعقد البيع، إذا وجد الشيء ثم هلك قبل أو أثناء انعقاد البيع، كما لو كان سيارة واحترقت قبل البيع أو أثناء

انعقاده، أو جواداً ونفق. ويستوى أن يكون الهلاك هلاكاً مادياً، كما في الأمثلة السابقة أو هلاكاً قانونياً، كما لو كان منزلاً ونزعت ملكيته للمنفعة العامة قبل التعاقد، أو كان محل البيع براءة اختراع وانقضت مدتها قبل البيع، أو حق انتفاع انقضت مدته قبل البيع.

ويشترط في ذلك أن يكون هذا الهلاك معلوماً من المتعاقدين معاً أو من أحدهما فقط. لكن يجب أن نفرق في هذه الحالة بين علم البائع وحده بالهلاك وعلم المشترى به وحده.

وإذا كان البائع وحده على علم بهلاك المبيع أو كان من الممكن أن يعلم به وقصر في ذلك فإنه يسأل على أساس المسئولية التقصيرية إذا توافرت شروطها. أما إذا كان المشترى هو الذى يعلم وحده بهلاك المبيع فلا مسئولية على البائع في هذه الحالة.وإذا كان المشترى قد كان قد دفع الثمن فلا يجوز له استرداده لأنه لم يدفعه عن غلط، يفترض أنه قد أوفى على سبيل التبرع، إلا أن يكون ناقص الأهلية، أو أن يقدم الدليل على أنه أكره على هذا الوفاء وذلك طبقاً لأحكام دفع غير المستحق[1].

مشكلة الهلاك الجزئى: إذا كان المبيع قد هلك جزئياً قبل التعاقد أو في أثنائه. والمشكلة تتمثل هنا أن المحل لم يفن كلية وإنما ما زال موجود وإن كان غير مطابق تماماً لما اتفق عليه فهل للمشترى أن يتمسك ببطلان البيع في هذه الحالة أيضاً أم يبقى على البيع ويدفع ما يناسبه من الثمن؟

أجاب المشرع الفرنسى على ذلك في نص المادة ١٦٠١/ ٢ من التقنين المدنى الفرنسى بنصه على أنه "في حالة ما إذا هلك الشىء جزئياً يكون للمشترى الخيار بين ترك البيع أو طلب الجزء الباقى مع تحديد الثمن الذى يناسبه"[2].

---

(١) أنور سلطان، فقرة ١٠٦ ص ١٣٣.

(٢) ونص المادة ١٦٠١/ ٢ يجرى على النحو التالى:=

في البيوع التجارية هذا الخيار يختفي غالباً، فالقاضي أو العرف يمكن أن يلزما المشترى على الابقاء على البيع مع إنقاص الثمن[1].

ويمكن الأخذ بهذا الحكم في القانون المصرى بالرغم من عدم النص عليه لأنه حكم تمليه القواعد العامة[2]. (قارن م ٤٣٨ مدنى).

ثانياً : الأشياء المستقبلة:

١- جواز بيع الأشياء المستقبلة:

إن إرادة المتعاقدين قد تتجه إلى بيع شيء باعتبار أنه سيوجد في المستقبل، كما في بيع المنزل قبل تمام بنائه او حتى قبل البدء في إقامته، أو بيع صاحب المصنع قدراً من مصنوعات مصنعه قبل صنعها، وبيع محصولات الأرض قبل أن تنبت[3]. فما حكم هذه التصرفات؟

الأصل أن التعامل في الأشياء المستقبلة جائز

تنص المادة ١٣١ مدنى مصرى على أنه "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً".

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضروباً من التعامل في الشيء المستقبل كما فعل عندما جعل باطلاً رهن المال المستقبل رهناً رسمياً (م ١٠٣٣/ ٢ مدنى مصرى) أو رهناً حيازياً (م ١٠٩٨ مدنى مصرى). وقد يحرم جميع ضروب التعامل في نوع خاص من المال المستقبل كما فعل عندما حرم التعامل في التركة المستقبلة[4].

= "Si une partie seulement de la chose est périe, il est à choix de l'acquéreur d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée en faisant détéminer la prix par la ventilation".

(١) Ph. Malaurie, L. Aynés, op. cit, no 188 p. 145.

(٢) أنور سلطان، فقرة ١٠٧ ص ١٣٥.

(٣) نقض ١٩٥٩/١١/١٢، مجموعة أحكام النقض س ١٠ ص ٦٤١.

(٤) انظر للمؤلف مصادر الالتزام السابق الإشارة إليه ص ٢٠٠ وما بعدها.

وإذا كان بيع الأشياء المستقبلة جائز، إلا أنه يشترط أن يكون الشيء قابلاً للوجود في المستقبل، فإذا لم يكن الشيء قابلاً للوجود في المستقبل لا ينشأ الالتزام لاستحالة المحل. ومثال ذلك إذا اتفق على بيع شقة في طابق علوى من المنزل المزمع بناؤه وكان قانون تنظيم المبانى لا يجيز الارتفاع بالبناء الذى اتفق على أن تكون فيه الشقة المبيعة.

٢ـ حكم بيع الأشياء المستقبلة:

سبق أن رأينا أن بيع الأشياء المستقبلة جائز، ولذلك فإن عقد البيع، بحسب قصد المتعاقدين، قد يكون عقداً محدداً أو عقداً احتمالياً، ولنرَ حكم العقد في كل من الحالين:

ـ عقد محدد: في بعض الأحيان قد يقصد العاقدان في عقد بيع شيء مستقبل أن يكون العقد محدداً. فمحل العقد، لا يكون شيئاً محتملاً، ولكن الشيء بعد أن يتحقق وجوده. وهذا ما كان يسميه الرومان Emptio rie speratae.

وفى هذه الحالة وجود البيع ذاته يتوقف على وجود الشيء المستقبل[1]. ولذلك لا يلتزم المشترى بدفع الثمن المتفق عليه وقت العقد وإنما عندما يوجد الشيء. مثال ذلك بيع شخص لنتاج ماشيته، أو بيع شيء تحت التصنيع، في هذه الحالة نقل الملكية يتم عند وجود الشيء أو إتمامه دون حاجة لانتظار تسليمه. ولكن تبعة الهلاك تتوقف على التسليم في القانون المصرى، ولكنها تتم بمجرد وجود الشيء في القانون الفرنسي والقانون اللبنانى حيث تنتقل مع الملكية ولا تتوقف على التسليم.

ـ عقد احتمالى: وفى أحيان أخرى يكون محل البيع ليس شيئاً مستقبلاً، ولكن الأمل أو الفرصة أو الحظ. وهذا ما كان يسميه الرومان emptio spei.

---

(١) نقض ١٩٥٣/٤/٣٠، الطعنان رقما ٤٣٦، ٤٥٢ س ٢١ ق، سعيد شعلة، ص ٥٠ وهذا ليس تعليقا على شرط واقف كما قالت المحكمة إذ لا يجوز أن يكون شرط التعليق أحد العناصر الأساسية للعقد، فوجود البيع ذاته يتوقف على وجود الشيء المستقبل، فإذا وجد وجد العقد لاستجماعه لأركانه، فإذا لم يوجد، لا يوجد العقد لتخلف محله.

والمشترى في هذا العقد يلتزم بدفع الثمن المتفق عليه وقت العقد، وسواء وجد الشيء أم لم يوجد. والمثال التقليدى، منذ الرومان، بيع الصياد ما قد يوجد في شبكته، ويعتبر العقد في هذه الحالة صحيحاً حتى ولو لم يخرج من شبكة الصياد شيء ويلتزم المشترى بدفع الثمن المتفق عليه. ومثال ذلك أيضاً بيع أوراق اليانصيب.

المبحث الثانى

التعيين أو القابلية للتعيين

كيفية التعيين: شيء معين بالذات أو شيء معين بالنوع:

من الشروط الجوهرية لانعقاد العقد أن يكون المبيع معيناً أو قابلاً للتعيين. ويتوقف التعيين أو القابلية للتعيين على طبيعة الشيء فيما إذا كان شيئاً معيناً بالذات أو شيئاً معيناً بالنوع.

أولاً – بالنسبة للأشياء المعينة بالذات:

إذا وقع البيع على شيء معين بالذات وجب تحديد ذاتية الشيء عن طريق وصفها وصفاً يؤدى إلى التعرف عليها، وتمييزه عن غيره[1] فبيع منزل يقتضى تعيين موقعه وذكر أوصافه الأساسية، وبيع الأرض يستلزم تحديد موقعها ومساحتها وتعيين حدودها، وبيع السيارة يوجب بيان نوعها وعلامتها المميزة.

ثانياً – بالنسبة للأشياء المعينة بالنوع:

إذا كان الشيء من المثليات فلا يلزم فيه التعيين بالذات بل يكفى تعيين جنسه ونوعه ومقداره. فيذكر في البيع مثلاً أن المبيع قمح من نوع أمريكى وأن مقداره مائة طن مثلاً.

---

(١) نقض ٢٠/٥/١٩٨٦، الطعن رقم ١٤٤٠ سنة ٥٢، سعيد شعلة، ص ٦٧.

في بعض الأحيان يقتصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة الجودة، فهل هذا يؤثر على تعيين المحل؟ الإجابة بالنفى وذلك لأنه إذا لم يتيسر استخلاص الجودة من العرف أو من ظروف التعاقد، وجب أن يكون الصنف متوسطاً، وهذا ما فرضه القانون (م ١٣٣/ ٢ مدنى مصرى).

وإذا لم يتضمن العقد تحديداً لمقدار المبيع فيجب على الأقل أن يتضمن ما يستطاع به تحديده، مثال ذلك أن يتعهد شخص بتوريد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو لمدرسة معينة، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية وإن لم يحدد في العقد فإنه قابل للتحديد وفقاً لحاجة المتشفى بحسب عدد أسرتها، أو المدرسة بحسب عدد تلاميذها.

لكن تعيين الشيء المبيع قد يتم بطرق أخرى، كالبيع بالتقدير، والبيع الجزاف، وكذلك البيع بالعينة ولنرَ ذلك باختصار.

١- البيع بالتقدير والبيع الجزاف:

- **البيع بالتقدير** Vente au poids, au compte ou à la mesure:

هو البيع الذى يستلزم لتعيين المبيع فيه وزن أو كيل أو مقاس أو عدد. فالمبيع لا يتعين إلا بعد أن يقدر وزناً أو كيلاً أو مقاساً أو عدداً. ويترتب على هذا التقدير انتقال الملكية لأنه به يتم تعيين المبيع. والأصل أن يتم الإفراز بحضور كل من البائع والمشترى أو من ينوب عنهما ما لم يتفق على خلاف ذلك أو يجرى العرف على خلافه. وتبعة الهلاك لا تنتقل إلا بالتسليم في مصر، أما في فرنسا وفى لبنان تنتقل تبعة الهلاك بمجرد الإفراز. ويلاحظ أن الافراز يتم عادة عند التسليم.

وبالرغم من أن الملكية لا تنتقل إلا بالإفراز على النحو السابق بيانه، إلا أن العقد يكون ملزماً بمجرد انعقاده. ولذلك إذا لم يقم البائع بالوزن أو الكيل

أو المقاس أو العد فإن المشترى يستطيع أن يطالبه بالتعويض[1].

- **البيع الجزاف** Vente en bloc: هو البيع الذى يرد على مجموعة من الأشياء معينة سواء عن طريق تحديد المكان الذى يوجد فيه أو عن طريق القائمة أو بأى طريقة أخرى مقابل ثمن واحد مع قطع النظر عن العدد والوزن والقياس إلا إذا كان المراد من هذا التقدير تعيين مجموع الثمن.

وتنص المادة ٤٢٩ مدنى مصرى على أنه "إذا كان البيع جزافاً، انتقلت الملكية إلى المشترى على النحو الذى تنتقل به في الشىء المعين بالذات، ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع".

وبالرغم من أن الشيء محل البيع مما يوزن أو يكال أو يقاس أو يعد إلا أنه مع ذلك لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير أو إفراز بل هو معين بالذات. مثال ذلك أن يبيع شخص جميع كمية السكر أو القمح أو القماش أو البيض التى توجد في مخزنه، وعين المخزن تعييناً كافياً فإن البيع في هذه الحالة يكون جزافاً. ويبقى البيع كذلك حتى لو انصب على نصف أو ربع الكمية الموجودة بالمخزن أو أى جزء شائع فيها، حتى ولو قدر في جميع هذه الحالات بمقدار معين، كما إذا باع كل ما في المخزن من قمح أو نصفه على أنه مائة طن حيث إن البيع في هذه الحالة على كل القمح الموجود في المخزن أو على نصفه قل أو كثر عن المقدار المحدد، فهذا لا يغير من طبيعة البيع وإن كان يثير مسألة الضمان[2].

ولا يغير من طبيعة هذا البيع أيضاً أن يكون الثمن في حاجة لتقدير عن طريق عملية حسابية بسيطة، فالثمن هنا وإن كان غير معين، حيث يحتاج إلى

---

(١) انظر:

F. Collart – Dutilleul, Ph. Delebécque, op. cit, no 134 p. 110, Ph. Malaurie, L. Aynés, op. cit, no 170 p. 130.

وانظر في تفصيل ذلك في مصر السنهورى، الوسيط جـ ٤ فقرة ١٢٠ ص ٢٣٠ وما بعدها.

(٢) نقض ١٩٦٨/٣/٢٨، مجموعة أحكام النقض، س ١٩ ص ٦٢٢.

تحديد مقدار المبيع، إلا أنه قابل للتعيين، حيث إن العقد ذاته يتضمن عناصر تحديده.(انظر نص المادة ٤٢٩ مدنى مصرى في نهايتها).

والملكية في العقد الجزاف تنتقل بمجرد التعاقد حيث إن محله شيء معين بالذات[١] أما تبعة الهلاك فترتبط في القانون المصرى بالتسليم.

٢ـ البيع بالعينة (أو بالنموذج) Vente sur échantillon:

والبيع بالعينة هو البيع الذى يتم فيه تعيين المبيع عن طريق عينة، أو نموذج، يتقدم بها أحد المتعاقدين – غالباً البائع – بحيث يكون المبيع مطابقاً لها. مثال ذلك أن يعطى بائع القماش للمشترى عينة من القماش الذى ينوى بيعه له وتكون عادة قصاصة من هذا القماش، أو يعطى بائع القمح المشترى عينة من القمح المراد بيعه، يحتفظ بها المشترى حتى يضاهى عليها المبيع عند استلامه له. وبذلك تغنى العينة عن تعيين المبيع بأوصافه، فهى المبيع مصغراً. وبمضاهاة المبيع على العينة يتبين إن كان البائع قد نفذ التزامه تنفيذاً سليماً فيما يتعلق بجنس المبيع ونوعه وجودته وغير ذلك من الأوصاف التى يتميز بها. كما أنها تغنى عن رؤية المبيع، إذ أن المشترى برؤيته للعينة يكون في حكم من رأى المبيع[٢].

وقد نظم القانون المدنى المصرى البيع بالعينة في المادة ٤٢٠ منه والتى تنص على ما يلى:

"١ـ إذا كان البيع بالعينة،وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها".

"٢ـ وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ، كان على المتعاقد بائعاً كان أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق".

---

(١) نقض ١٩٦٨/٣/٢٨، السابق الإشارة إليه.
(٢) السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ١٢٤ ص ٢٣٦.

ومقتضى البيع بالعينة أن يكون المبيع مطابقاً للعينة تماماً[1]. ولذلك إذا كان غير مطابق كله أو بعضه للعينة كان للمشترى أن يرفضه، حتى ولو كان المبيع أكثر جودة من العينة ذاتها لأن ذلك يخالف ما اتفق عليه[2].

في مقابل ذلك أنه متى كان المبيع مطابقاً للعينة وجب على المشترى قبوله فليس له رفضه بحجة أنه غير ملائم لحاجته. بل ليس له أيضاً، في الأشياء التى تجرب عادة أو تذاق، أن يرد المبيع المطابق للعينة، ولو وجده بعد التجربة غير صالح أو بعد المذاق غير ملائم. لكن ذلك لا يمنع من رجوع المشترى على البائع لضمان العيوب الخفية في المبيع. وعبء إثبات مطابقة المبيع للعينة يقع على عاتق البائع. وفى حالة هلاك العينة أو تلفها، في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ، فعبء إثبات مطابقة أو عدم مطابقة المبيع للعينة يقع على من هلكت أو تلفت العينة في يده إذا نازعه الطرف الآخر في ذلك.

وعند عدم مطابقة المبيع للعينة فإن للمشترى أن يرفض قبوله ويطالب البائع بالتنفيذ العينى، بأن يسلمه شىء آخر مطابق للعينة، أو أن يحصل المشترى على شىء مطابق لها على نفقة البائع. بعد استئذان القضاء أو بدون في حالة الاستعجال (م ٢٠٥ مدنى) كما له أن يطلب فسخ البيع والتعويض إن كان له مقتضى. وأخيراً له أن يقبل المبيع غير المطابق للعينة مع طلب إنقاص الثمن إن كان له مقتضى.

---

(١) لا يؤثر في صحة انعقاد التعاقد بالعينة عدم توقيع الملتزم على العينة وإن جاز أن يكون ذلك مثار خلاف عند تنفيذ العقد نقض ١٩٤٧/٥/١٥ الطعن رقم ٢٥ سنة ١٦ ق، سعيد شعلة، ص ٤٨.

(٢) نقض ١٩٥٩/١٠/١٥ مجموعة أحكام النقض، س ١٠ ص ٥٦٧.
لكن الاختلاف الطفيف بين العينة والبضاعة لا يؤثر وذلك وفقاً لما تقدره المحكمة حسب ظروف الحال. نقض ١٩٥٩/١١/١٢ نفس المجموعة، س ١٠ ص ٦٥٩.

المبحث الثالث

قابلية المبيع للتعامل فيه

المبدأ هو حرية تداول الأموال، فكل شيء قابل للبيع، بمعنى أن كل الأشياء التي حيازتها تعود على الإنسان بالثروة، أو المنافع، أو التمتع يمكن أن تكون محلاً للبيع (مادة ١١٢٨ من التقنين المدني الفرنسي) فالأصل هو القابلية للبيع، والمنع هو الاستثناء.

وقد نصت على ذلك المادة ٨١ مدني مصري بقولها "١- كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية" "٢- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية".

وتنص المادة ١٣٥ مدني مصري على أنه "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً".

وسنعرض هنا للأشياء الخارجة عن التعامل، والمنع من التعامل وتقييد هذا التعامل.

المطلب الأول

الأشياء الخارجة عن التعامل

هذه الأشياء قد تخرج عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون، فإذا ورد عليها البيع يكون محله غير مشروع ويبطل العقد.

أولاً: الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها: وهي الأشياء التي لا يستطيع أحد الاستئثار بحيازتها. مثل الهواء مياه البحر وأشعة الشمس. فهذه أشياء مشتركة أي يشترك في الانتفاع بها الناس كافة فلا يحول انتفاع أحدهم دون انتفاع الآخرين. والمفهوم بداهة أ، هذه الأشياء ينظر إليها في مجموعها

فهـى تستعصـى علـى الحـيازة، إذ لا مـانع مـن الاسـتئثار بجـزء مـن الـهواء المضغوط أو كمية من البحر أو النهر والتعامل فيها.

ثانياً: الأشياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون، وهى الأشياء التى لا يجوز أن تكون محلاً للحقوق المالية فيكون الالتزام بإنشاء حق عليها التزاماً باطلاً. ويخرج الشىء عن التعامل بحكم القانون في حالتين:

١- لاعتبارات الصـالح العام، كأن يكون الشىء من الأموال العامة، أو من الأسلحة الخطرة، أو الأدويـة الخطرة، أو بصفة عامة المنتجات الخطرة ما لم يرخص القانون في ذلك في بعض الحالات، وكذلك المخدرات والحشيش. كما أن القانون يحظر بيع الناخب صوته لمرشح، ولا يجوز للموظف العام أن يبيع وظيفته أو يتنازل عنها، ولا يجوز لأحد النزول عن حريته الشخصية.

كما أن جسد الإنسان لا يصلح أن يكون محلاً للتعامل فيه إلا ما يقتضيه الصالح العام وفى حدود القانون.

٢- وقد يحظر القانون التعامل في بعض الأموال حماية لمصالح خاصة وجدها المشرع جديرة بالاعتبار، فمنع التصرف في المال المحجوز عليه، وكذلك التصرفات في التركة المستقبلة، أو النزول عن حق الاستعمال أو السكنى، أو بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء، وغير ذلك. لكن ما يثير مشكلة معينة هو بيع العملاء.

- بيع العملاء المدنيين Clienteles civiles:

هذه المشكلة لا تثور بالنسبة لعملاء المحل التجارى حيث إن قانون ١٧ مارس ١٩٠٩ (م١، ٩) في فرنسا ونص المادة الأول من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها في مصر يدخل عنصر العملاء من ضمن مقومات المحل التجارى وإن لم تكن من أهم عناصره.

المشكلة تثور بالنسبة لعملاء الحرفة كعملاء النجار والحداد وعملاء المهن الحرة كعملاء الطبيب والمحامى والمهندس والمحاسب فهل بيع العيادة أو المكتب يتضمن، على غرار المحل التجارى، عنصر العملاء؟ لا يوجد نص تشريعى في هذه المسألة. ولكن القضاء الفرنسى قد تعرض لهذه المسألة لكثرة المنازعات المعروضة عليه والتى يثيرها بصفة خاصة بيع عيادات الأطباء ومكاتب المحامين.والمبدأ الذى استقر عليه القضاء الفرنسى ليس له في الواقع فعالية حيث إن ما جرى عليه العمل جعل الاستثناءات تأخذ حكم القاعدة.

فالمبدأ النظرى والعقلى أن عنصر العملاء المدنيين غير قابل للتصرف فيه[1] حيث إنه العنصر الوحيد المرتبط بالصفة الشخصية للمهنى، وأن دور الاعتبار الشخصى يكون حاسماً، بينما دور العناصر المادية الأخرى (مكان العيادة) يكون أقل.

هذا المبدأ خفف منه الاستثناءات التى أصبح لها، في الواقع، قيمة القاعدة، فالعناصر المادية التى يرتبط بها عنصر العملاء تقوم بالنقود – كبيع الأدوات المهنية، والتنازل عن الحق في الإجارة – وبصفة خاصة الالتزام الذى يلتزم به المهنى بتقديم خلفه للعملاء والامتناع عن فتح نشاط مماثل خلال زمن معين وفى نطاق جغرافى (الالتزام بعدم المنافسة) [2]. كما أنه في جميع الحالات، يعتبر البائع مسئولاً عن كل محاولة لاستقطاب العملاء[3].

---

(١) Civ. 1, 7 fév, 1990, Bull. I, no 38, Rev. trim. Dr. civ. 91. 325 note J. Mestre; civ. I, 20 oct. 1993, Bull. I, no 293 J. C. P. Not.94. II. 113, note J. F. Pillebaud.

(٢) Civ, I, 2 nov 1994, Bull. I. No 317, D. 94. I. R. 265.

(٣) Civ. 1, 20 oct. 1993, précité.

وانظر في تفصيل أكثر

Ph. Malaurie. L. Aynés, op. cit, no 172 p. 133 et, F. Collart – Dutilleul, Ph. Delebécque, op. cit, no 125 p. 104, J. Huet, op. cit, no 11186, p. 135.

المطلب الثانى

المنع من التعامل

بطلان التصرف:

وهذا الأمر يتعلق بأشياء داخلة في دائرة التعامل ولكن لا يجوز مع ذلك التصرف فيها إما للاتفاق، كشرط المنع من التصرف[1]، أو لنص في القانون بالنسبة لأشخاص معينين، كالقضاة والمحامين. والتصرف الذى يبرم بالمخالفة للشرط المانع من التصرف أو للحظر التشريعى يقع باطلاً. ولنعرض لذلك بشىء من التفصيل.

أولاً – حظر بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء:

تنص المادة ٤٧١ مدنى مصرى على أنه "لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً".

ولدراسة هذه النصوص يجب أن نعرض لنطاق هذا الحظر، ثم نتعرف بعد ذلك على جزاء الحظر.

١ـ نطاق الحظر:

لنقف على نطاق الحظر يجب أن نحدد هذا النطاق من حيث الأشخاص، ومن حيث التصرفات ومحلها.

أ – نطاق الحظر من حيث الأشخاص:

ينصرف هذا الحظر إلى القضاة وأعضاء النيابة والمحامون وكتبة

---

(١) انظر نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية بيروت ١٩٩٥ ص ٤٢ وما بعدها.

المحاكم والمحضرون. وهؤلاء الأشخاص قد ذكروا على سبيل الحصر، وبالتالي لا يجوز القياس عليهم. ولذلك لا يمتد هذا الحظر إلى الخبراء ومترجمى المحاكم أو وكلاء المحامين كتبتهم وخدم المحاكم وحجابها وفراشيها والحراس ورجال الشرط ومأمورى الضبطية القضائية[1].

ويقصد بالقضاة كل من ولى وظيفة القضاء طبقاً لقانون السلطة القضائية، أياً كان درجة المحاكم التى يعملون فيها وأياً كان نوعها. كما يستوى أن يكون قضاة في القضاة العادى أو مجلس الدولة.

والقضاة المحظور عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها قضاة المحكمة التى يدخل النزاع في دائرة اختصاصها. فقاضى المحكمة الجزئية يقتصر اختصاصه على محكمته وحدها. وقاضى المحكمة الابتدائية يمتد اختصاصه إلى دائرة محكمته بما في ذلك المحاكم الجزئية التابعة لها حتى ولو كان النزاع يدخل في الاختصاص النهائى للمحكمة الجزئية. ومستشار محكمة الاستئناف يمتد اختصاصه إلى دائرة محكمته، كذلك اختصاص المحاكم الكلية والمحاكم الجزئية التابعة لهذه المحكمة، أما مستشار محكمة النقض فيمتنع عليه أن يشترى أى حق متنازع فيه، لأن اختصاص محكمته يمتد إلى جميع أنحاء الجمهورية[2].

وأعضاء النيابة يتدرجون من النائب العام إلى معاونى النيابة. ولكل عضو نيابة نطاق اختصاص يتمثل فى المحكمة التى يعمل فيها. ويمتد اختصاص النائب العام ومساعديه إلى جميع أنحاء الدولة. والمحامى العام في نطاق اختصاصه. والمحامى العام الأول في نطاق محافظته. والمحامون

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٠٥.

(٢) السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ١١١ ص ٢١٦، نقض ١٩٨٢/٥/٢٠ مجموعة أحكام النقض، س ٣٣ ص ٥٦١.

العامون وأعضاء النيابة الذين يعملون أمام محكمة النقض يمتد اختصاصهم إلى جميع أنحاء الجمهورية.

المحامون هم كل من كان عضواً في نقابة المحامين ولو كان لا يزال تحت التمرين، وكل محامى يتحدد نطاق الحظر بالنسبة لـه بحسب درجة المحكمة التى يترافع أمامها.

وكتبة المحاكم ويندرج فيهم كتاب الجلسات، وغيرهم من الكتاب الذين يعملون في الأقسام الإدارية في المحكمة. والحظر بالنسبة لهم يشمل اختصاص المحكمة التى يعملون فيها.

والعبرة بتوافر الصفة وقت الشراء،فلو كان القاضى يعمل في محكمة الإسكندرية واشترى حقاً متنازعاً فيه من اختصاص محكمة القاهرة، فإن هذا الشراء يبقى صحيحاً لو انتقل بعد ذلك ليعمل في محكمة القاهرة، وعليه في هذه الحالة أن يتنحى عن نظر القضية لو عرضت عليه.

ب ـ نطاق الحظر من حيث التصرفات ومحلها:

يقتصر الحظر على البيع فقط دون غيره من التصرفات. كما أن هذا الحظر يمتد ليشمل البيع الذى يجريه هؤلاء الأشخاص بأسمائهم أو بأسماء مستعارة.

كما أنه يشترط أن يكون محل هذا البيع حقاً متنازعاً فيه وقت الشراء. ويعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى، أو قام في شأنه نزاع جدى (م ٤٦٩/ ٢ مدنى مصرى)[(١)].

٢ـ جزاء الحظر:

والجزاء المقرر في هذه الحالة هو البطلان. والبطلان هنا هو البطلان المطلق لأنه يتعلق بالنظام العام[(٢)]. فالبطلان يقوم على أساس الحيلولة دون

---

(١) نقض ١٩٨٢/٥/٢٠ مجموعة أحكام النقض، س ٣٣ ص ٥٦١.
(٢) نقض ١٩٨٠/٥/١٥ مجموعة أحكام النقض، س ٣١ ص ١٣٧٣.

استغلال عمال القضاء لنفوذهم في شراء الحقوق المتنازع فيها، علاوة على إبعاد الشبهات عن عمال القضاء التى قد تثار عند شراء هؤلاء للحقوق المتنازع فيها التى تقع في دائرة اختصاصهم. وما يكون لـه من تأثير مباشر على حياتهم. وكل هذه أمور تتعلق بحسن تنظيم وسير مرفق القضاء مما يجعلها تتصل اتصالاً وثيقاً بالنظام العام.

ثانياً – حظر تعامل المحامى في الحق المتنازع فيه:

تنص المادة ٤٧٢ مدنى مصرى على أنـه "لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً" وسنعرض لنطاق الحظر، ثم لجزاء الحظر.

ا- نطاق الحظر من حيث التصرفات ومحلها: هذا النص يمتد ليشمل كافة ضروب التعامل في الحق المتنازع فيه وليس الشراء فحسب، فلا يجوز لـه أن يشترى الحق، ولا أن يقايض عليه، ولا أن يوهب لـه، ولا أن يرتهنه أو يقترضه .. الخ. وفى هذا يتسع نطاق المادة ٤٧٢ مدنى عن المادة ٤٧١ مدنى والتى تقصر الحظر على الشراء فقط. كما أنه يشترط لقيام الحظر شرطان:

١- أن يكون الحق متنازع فيه بالمعنى السابق الإشارة إليه وفى هذا يتفق نص هذه المادة مع المادة ٤٧١[1].

٢- أن يكون المحامى وكيلاً في الحق المتنازع فيه وفى هذا يختلف نص المادة ٤٧٢ عن نص المادة ٤٧١ حيث إن هذا الأخير أوسع لأنها تحظر على المحامى شراء الحق المتنازع فيه ولو لم يكن وكيلاً عن صاحب الحق[2].

---

(١) نقض ١٩٨٠/٥/١٥ مجموعة أحكام النقض، س ٣١ ص ١٣٧٣، إذا كان النزاع انتهى وانحسم عند حصول الشراء لا يجوز طلب البطلان.

(٢) نقض ١٩٨٠/٥/١٥ السابق الإشارة إليه.

ويستوى أن يكون التعامل قد تم باسم المحامى أو باسم مستعار كزوجة أو ولد أو قريب أو صديق.

٢- جزاء الحظر: البطلان المطلق للتصرف الذى أجراه المحامى مع موكله في شأن الحق المتنازع فيه. وهذا البطلان يتعلق بالنظام العام لأنه يحول دون استغلال المحامين لنفوذهم لدى موكليهم وإجراء تصرفات في شأن الحق المتنازع فيه ضارة بمصالحهم.

المطلب الثالث

تقييد التعامل

بيع الحقوق المتنازع فيها:

استرداد الحق المتنازع فيه: الحقوق المتنازع فيها هى الحقوق التى رفعت بشأنها دعوى أمام القضاء، أو الحقوق التى يقوم في شأنها نزاع جدى ولو لم يطرح النزاع على القضاء بعد.

وشراء الحقوق المتنازع فيه يقصد به غالباً المضاربة، حيث تشترى هذه الحقوق بأثمان بخسة ويجاهد مشتريها في إنهاء النزاع بصددها ثم بيعها بأثمان مرتفعة بعد ذلك. وليضع المشرع حد لمثل هذه المضاربات أجاز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يسترده من المشترى برد الثمن المدفوع مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع. والاسترداد مرتبط بعلته أى القضاء على المضاربة لذلك حيث تنتفى المضاربة يمنع القانون الاسترداد إلا في حالات استثنائية.

وقد نظم المشرع المصرى بيع الحقوق المتنازع عليها تحت نفس العنوان في المادتين ٤٦٩، ٤٧٠ من القانون المدنى.

وتنص المادة ٤٦٩ مدنى على أنه "١- إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عليه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر فللمتنازل ضده أن يتخلص من

المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل لـه الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع"(يقابل المادة ١٦٩٩ مدنى فرنسى).

"٢- ويعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت فيه دعوى أو قام في شأنه نزاع جدى" (قارن المادة ١٧٠٠ مدنى فرنسى).

وتنص المادة ٤٧٠ مدنى على أنـه "لا تسرى أحكام المادة السابقة في الأحوال الآتية:

أ- إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد.

ب- إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر.

جـ- إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق في ذمته.

د- إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار.

ولدراسة هذه الأحكام سوف نعرض أولاً لنطاق الاسترداد، ثم بعد ذلك لإجراءاته، وفى النهاية لآثاره.

أولاً: نطاق الاسترداد:

نحن نعلم أن الاسترداد مرتبط بعلته أى منع المضاربة والقضاء، أو على الأقل التقليل من المنازعات. لذلك نرى أنه من المجدى أن ندرس هنا ما يجوز فيه الاسترداد وما لا يجوز فيه حتى يتحدد لنا بوضوح نطاق الاسترداد.

١-ما يجوز فيه الاسترداد:

يستفاد من الأحكام السابقة أنـه يجب أن يتوافر شرطين حتى يجوز الاسترداد:

١- أن يكون محل الاسترداد حقاً متنازعاً فيه.

٢- وأن يكون قد نزل عنه صاحبه بمقابل.

الشرط الأول: يجب أن يكون محل الاسترداد حقاً متنازعاً فيه. وقد بينت المادة ٤٦٩/ ٢ مدنى متى يعتبر الحق متنازعاً فيه بقولها "يعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدى".

الأولى: إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى، وهذا يعنى لا يكفى مجرد رفع دعوى بالحق وإنما يلزم أن يقوم النزاع في موضوع الحق ذاته. فإذا كان النزاع يتناول فقط مسائل شكلية في الإجراءات كعدم الاختصاص وعدم توافر الصفة فلا تكفى لاعتبار الحق متنازعاً فيه لأنها لا تمس موضوع الحق نفسه. وصدور حكم في الدعوى لا يكفى لجعل الحق غير متنازع فيه. إذ يبقى الحق متنازعاً فيه ما دام الحكم غير نهائى. فإذا أصبح الحكم نهائياً فإن النزاع في الحق يكون قد انحسم وبالتالى يصبح الحق غير متنازع فيه، ولا يجوز فيه الاسترداد حتى لو كان الحكم النهائى يمكن الطعن فيه بطرق الطعن غير العادية. لكن إذا طعن بالفعل فيه بإحدى هذه الطرق عاد الحق ليصبح متنازعاً فيه ويجوز فيه الاسترداد.

الثانية: إذا قام في شأنه نزاع جدى ولو لم يكن هناك دعوى مرفوعة بالحق ومعرفة جدية أو عدم جدية النزاع أمر متروك لقاضى الموضوع ليبت فيه ولا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض.

ويجب لكى يفتح الحق في الاسترداد أن يتوافر للحق هذه الصفة، أى يكون الحق متنازعاً فيه على النحو السابق بيانه، يوم النزول عنه بغض النظر عما يطرأ عليه بعد ذلك.

ويستوى في هذا الحق المتنازع فيه أن يكون حقاً شخصياً أو حقاً عينياً، منقولاً أو عقاراً[١].

---

(١) انظر تفصيل ذلك السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ١٠٥ ص ١٩٩.

الشرط الثاني: أن يكون النزول عن الحق بمقابل، ويشترط في هذا المقابل أن يكون من النقود أو الأشياء المثلية حتى يتمكن المسترد من أن يدفع مثلها للمشترى[1] وعلى ذلك فإن الاسترداد يجوز في البيع وفي غيره من التصرفات التى تكون بمقابل نقدى كالصلح والوفاء بمقابل.

لكن التصرف في الحق المتنازع فيه للغير تبرعاً لا يجيز الاسترداد لانتفاء علته، ولكنه إذا كان النزول عن الحق المتنازع فيه عن طريق الهبة مع التكليف، فإنه يلزم ألا يكون العوض في هذه الحالة من الأهمية بحيث يجعل النزول عن الحق بمقابل وإلا فتح الحق في الاسترداد.

٢ـ ما لا يجوز فيه الاسترداد:

وقد نصت المادة ٤٧٠ مدنى مصرى (مقابل نص المادة ١٧٠٠ مدنى فرنسى) على الحالات التى لا يجوز فيها الاسترداد لانتفاء علته، وهذه الحالات تتمثل فيما يلى:

أ ـ إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد. مثال ذلك بيع التركة، فإذا كان فيها حق متنازع فيه فإن هذا الحق يفقد ذاتيته ويفنى مع العناصر الأخرى في مجموع التركة، فتنعدم فكرة المضاربة في هذا الحق بالذات، فلا يجوز الاسترداد.

ب ـ إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر. ومثال الحالة الأولى تلقى شخصان لحق متنازع فيه عن مورثهم، ومثال الحالة الثانية شراء شخصان معاً لحق متنازع فيه. في أى من الحالتين إذا باع أحد الشريكين نصيبه في الحق للآخر، فإن الاسترداد لا يجوز في هذه الحالة لانتفاء المضاربة.

جـ ـ إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق في ذمته. وهذه الحالة تفترض أن للمدين حقاً متنازعاً فيه في ذمة آخر، فنزل عن

(١) قارن أنور سلطان فقرة ٤٢٠ ص ٤٠٣ حيث جواز الاسترداد في المقايضة.

هذا الحق لدائنه وفاء بالدين الذى في ذمته لـه. في هذه الحالة تنتفى المضاربة أيضـا حيث إن قبول الدائن للحق المتنازع فيه كـان القصد منه استيفاء حقه لا المضاربة ما لم يثبت من الظروف غير ذلك.

د- إذا كان الحق المتنازع فيه ينقل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار. وهذه الحالة تفترض أن هناك رهناً رسمياً مقرراً على عقار ضماناً لوفاء دين متنازع عليه ثم تصرف المدين الراهن في العقار، بالبيع، فإن المشترى، يسمى اصطلاحاً في لغة التأمينات العينية بالحائز (1) يتلقى العقار مثقلاً بالرهن الرسمى إلى أن يتم الوفاء بالدين من جانب المدين الراهن. هذا الحائز لـه طبقاً لأحكام الرهن الرسمى تطهير هذا العقار من هذا الرهن.والتطهير لـه إجراءات طويلة ومعقدة وغير مأمون العاقبة، فيفضل عنها شراء الحق المتنازع فيه المضمون بالرهن حتى يحول دون اتخاذ الدائن المرتهن إجراءات تتبع العقار بين يديه. ففى هذه الحالة لا يجوز للمدين الراهن استرداد الحق المتنازع فيه لانتفاء المضاربة حتى ولو رجع الحائز على المدين الراهن بقيمة الحق الإسمية لا بمقدار ما دفع للدائن.

ثانياً – إجراءات الاسترداد:

تبدأ الإجراءات بإعلان من المدين إلى المشترى فقط دون الدائن. ولا يستلزم أى شكل خاص في هذا الإعلان. فإذا استجاب المشترى فإنه يتم الاسترداد بالتراضى. وإذا لم يستجب المشترى لهذا الإعلان فإن الاسترداد يكون عن طريق القضاء.وإذا حصل التنازل عن الحق أثناء نظر الدعوى بين المدين والدائن في الحق المتنازع فيه، فإن المدين يطالب بالاسترداد عن طريق إدخال المشترى في الدعوى.

---

(1) انظر في تفصيل نبيل سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، ١٩٨٢، فقرة ٧٨ ص ١١١.

ويجب لكي يحدث طلب الاسترداد أثره أن يرد المدين للمشتري رداً فعلياً – أو يعرض عرضاً حقيقياً – الثمن الحقيقي وفوائده من وقت الدفع والمصروفات والذي يجب أن يدفعه المدين أو يعرض عرضاً حقيقياً يتمثل فيما يلي:

١- الثمن الحقيقي الذي دفعه المشتري لشراء الحق المتنازع فيه وبالتالي لا عبرة بالقيمة الإسمية للدين، إذ عادة يدفع في شراء هذه الحقوق ثمن أقل من قيمتها الإسمية وهذا ما يتحقق به المضاربة. كما لا عبرة بالثمن الصوري الذي قد يذكره المتعاقدان في عقد التنازل، إذ قد يزيدان من الثمن الحقيقي حتى يمنعا المدين من الاسترداد أو يجعلا الاسترداد أكثر كلفة وعلى المدين أن يثبت الصورية بكافة طرق الإثبات.

٢- فوائد الثمن الحقيقي محتسبة من وقت أن دفعه المشتري للبائع. وبالسعر القانوني في مقابل ذلك يرد المشتري للمدين ثمرات الحق المتنازع فيه إن كان منتجاً لها.

وإذا كان الثمن الذي اشترى المشتري به مؤجلاً وينتج فوائد، فإن المدين المسترد يلتزم بأداء هذه الفوائد حتى لا يتحمل المشتري أية خسارة بسبب الاسترداد.

٣- المصروفات، يلتزم المدين بتعويض المشتري عن كل المصروفات التي تحملها، كمصاريف عقد البيع وأتعاب المحامي ومصاريف إعلان الحوالة وأية مصاريف أخرى.

ثالثاً - آثار الاسترداد:

يترتب على الاسترداد حسم النزاع في أمر الحق المتنازع فيه. ولا يعني مبادرة المتنازل ضده بالاسترداد أنه أقر بأن الحق ليس له ولكن قصد به وضع حد للخصومة القائمة. والاسترداد له آثار:

أولاً: على العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده.

ثانياً: على العلاقة ما بين المشترى والبائع.

ثالثاً: على العلاقة ما بين المتنازل ضده والبائع.

١- في العلاقة ما بين المشترى والمتنازل ضده، يترتب على الاسترداد أن يحل المتنازل ضده محل المشترى اعتباراً من تاريخ البيع، أى يفترض أنه قد تلقى الحق من البائع مباشرة. ويترتب على ذلك أن جميع الحقوق التى رتبها المشترى على الحق، كالرهن وغيره، يسقط. كما يسقط الحجز الذى يكون دائن المشترى قد وقعه تحت يد المتنازل ضده إذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً.

٢- في العلاقة ما بين المشترى والبائع، يبقى البيع قائماً ومرتباً لآثاره، إذ يظل المشترى ملزماً بأداء الثمن لـه إذا لم يكن قد دفعه. فالاسترداد موجه ضد المشترى وحده دون البائع، فلا أثر لهذا الاسترداد على البيع القائم بينهما وذلك بخلاف الشفعة وحق الاسترداد بوجه عام، إذ في هذه الحالات يكون الحلول في عقد البيع ذاته، أى يحل الشفيع أو المسترد محل المشترى نحو البائع. أما استرداد الحق المتنازع فيه لا يحل المسترد محل المشترى في عقد البيع، حيث إن البائع لم يتعامل معه فلا يجبر على معاملته. كما لا يرجع المشترى على البائع بالضمان لأن لا ضمان في هذا البيع ما لم يكن المشترى يجهل أنه اشترى حقاً متنازعاً فيه، إذ في هذه الحالة يحق لـه الرجوع على البائع بالضمان والتعويض.

٣- العلاقة ما بين البائع والمسترد، هذه العلاقة تبرز وجه الخصوصية في حق الاسترداد حيث أن المسترد هنا مدين بالحق المتنازع فيه للبائع، فهو إذن لا يتلقى الحق، بل ينهيه إذا كان حقاً شخصياً، ويقطع الخصومة فيه إذا كان حقاً عينياً، وبالتالى لم يعد للبائع حق في مطالبة المسترد بشيء من الحق المتنازع فيه[1].

---

(١) انظر السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ١٠٧ ص ٢٠٥ وما بعدها.

المبحث الرابع

ملكية البائع للمبيع

ـ بيع ملك الغير:

إن البيع يعتبر عقداً ناقلاً للملكية، ولذلك يجب، لتحقيق هذه الغاية، أن يكون البائع مالكاً للمبيع حتى يستطيع نقل ملكيته. ولذلك ثارت مشكلة بيع ملك الغير.

وقد نظم المشرع المصرى بيع ملك الغير تنظيمياً تفصيلياً.

نصت المادة ٤٦٦ مدنى مصرى على أنه "١- إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشترى أن يطلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل" "٢- وفى كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد".

وتنص المادة ٤٦٧ مدنى مصرى على أنه "١- إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشترى" "٢- وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد".

ولدراسة بيع ملك الغير يجب أولاً أن نعرض لشروطه حتى نستطيع تحديد نطاقه، ثم بعد ذلك نبين أحكامه.

أولاً شروط ملك الغير:

يتضح من النصوص السابقة أنه يلزم لاعتبار البيع بيعاً لملك الغير أن يتوافر الشروط الثلاثة الآتية:

١- أن يكون الشيء معين بالذات، ويترتب على ذلك:

أ- أنه إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع أى من المثليات، فإن البيع يكون صحيحاً، حتى ولو لم يكن البائع مالكاً للمبيع وقت البيع ويرجع ذلك إلى أن

البائع يلتزم في هذه الحالة بأن يؤدى للمشترى شيئاً يتوافر فيه الوصف المطلوب. كما أن ملكية الشيء المعين بالنوع لا تنتقل إلى المشترى في الحال وإنما بعد الإفراز. وبناء على ذلك لا يجوز للمشتري طلب إبطال البيع لأن التنفيذ العينى ممكن في جميع الحالات بالنسبة للأشياء المعينة بالنوع.

ب- أنه إذا كان المبيع شيئاً مستقبلاً وفقاً لما تجهت إليه إرادة المتعاقدين، فلا يكون بيعاً لملك الغير، وبالتالى لا يطوله الجزاء المقرر. ويرجع ذلك إلى أن الشيء المستقبل لم يعين بعد بذاته، فلا يمكن أن يقال إن البائع مالك له أو غير مالك ولا يحسم ذلك إلا عندما يتعين بالذات. فبيع الشيء المستقبل يرتب على البائع التزام بنقل ملكية المبيع وهو شيء قابل للوجود، فعلى البائع إيجاده ثم نقل ملكيته.

٢- أن يكون الشيء غير مملوك للبائع، ويترتب على ذلك:

أ- تعهد شخص لآخر بأن يجعل المالك يبيع له شيء معين، فإن هذا تعهد عن الغير لا ينشيء أى التزام على المالك وإنما ينشيء على المتعهد التزام بحمل المالك على بيع هذا الشيء قد يفلح فينقضى التزامه وقد يفشل فيتحمل مسئولية ذلك بدفع التعويض المناسب.

ب- بيع الشيء الشائع من جانب أحد الشركاء لا يعتبر بيعاً لملك الغير لأن الشريك الشائع يملك حصة في الشيء الشائع كله، فحقه يرد على الشيء الشائع كله وإن كان محدداً بقدر حصته[١].

جـ- بيع الوارث الظاهر، لا يقع باطلاً باعتباره بيع لملك الغير، وإنما هذا البيع يعتبر صحيحاً إذا توافر له شرطان:

١- إذا كان المشترى حسن النية لا يعلم أن البائع غير مالك للشيء.

---

(١) انظر نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، ص ١٢٢.

٢ـ الخطأ الشائع، كل الناس تعتقد أن البائع هو المالك، فالخطأ الشائع يولد الحق. والإقرار بصحة هذا البيع في هذه الحالة تمليه اعتبارات استقرار المعاملات[١].

٣ـ أن يقصد الطرفان نقل الملكية في الحال، ويترتب على ذلك:

أ- إذا كان البيع مؤجلاً إلى اليوم الذى يتملك البائع فيه المبيع لا يعتبر بيعاً لملك الغير، لأن الطرفين لا يقصدان نقل الملكية في الحال وإنما بعدما يتملك البائع الشيء المراد بيعه.

ب- بيع الشيء المعين بالذات المملوك للبائع تحت شرط، واقف أو فاسخ، لا يعتبر بيعاً لملك الغير. فالبائع هنا باع ملك نفسه وإن كان هذا الملك مهدد بالزوال بأثر رجعى. فإذا تحقق الشرط الواقف أو تخلف الشرط الفاسخ أصبحت ملكية المشترى مؤكدة وباتة، والعكس صحيح إذا تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ زالت ملكية المشترى بأثر رجعى.

جـ ـ الوعد الملزم للجانبين، الذى يلتزم بمقتضاه الواعد أن يكتسب ملكية شيء مملوك للغير بقصد نقل ملكيته إلى شخص تعهد بأن يكون المشترى

---

(١) نقض ١٩٧٩/٣/٢٩، مجموعة أحكام النقض س ٣٠ ص ٩٨٠ ع١، وقد رفضت المحكمة اعتبار بيع الوارث الظاهر صحيحاً نافذاً في حق الوارث الحقيقى. واعتبرت هذا البيع بيع لملك الغير طبقاً للمادة ٤٦٦/ ١ مدنى ورفضت الخروج عن صريح النص بدعوى استقرار المعاملات ولعدم وجود نص خاص في هذه الحالة على خلاف حالات أخرى كثيرة. ونحن لا نؤيد محكمة النقض فيما ذهبت إليه لأن كل النصوص التى أوردتها تطبيقات يمكن ردها إلى فكرة عامة واحدة وهى حماية الأوضاع الظاهرة وحماية الغير حسن النية لتحقيق استقرار المعاملات وهى أسس ومبادئ يقوم عليها القانون المدنى ولا يحتاج الأمر فيها إلى نص وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا وفى مصر منذ زمن طويل ويعتبر هذا الحكم خروجاً على ذلك ليس له ما يبرره. وقد عدلت محكمة النقض عن هذا القضاء وعادت إلى قضائها السابق وأخذت صراحة بنظرية الأوضاع الظاهرة باعتبارها نظرية عامة نقض (هيئة عامة) ١٩٨٦/٢/١٦ الطعن رقم ٨٢٦ س ٥٤ ق ثم تواترت أحكامها على ذلك، انظر نقض ١٩٨٦/١١/٢٦ الطعن ٢٢٠٩ لسنة ٥٤ ق، ١٩٨٧/٥/١٨ الطعن ٩٨٧ لسنة ٥٦ ق، ١٩٨٨/٢/١٧ الطعن ١٢١٣ لسنة ٥٤ ق، ١٩٨٨/١١/٢٣ الطعن ٨٢٣ س ٥٦ ق، ١٩٨٩/٥/٢٨، الطعن ٥٠١ لسنة ٥٣ ق.

لـه. في هذه الحالـة ليس هناك بيع لملك الغير. إذ لا يترتب على هذا العقد نقل الملكية في الحال.

ثانياً – أحكام بيع ملك الغير:

ـمركز مركب – ازدواجية في الجزاء: البطلان وعدم النفاذ:

بيع ملك الغير يكشف عن مركز مركب تتناقض فيه المصالح. فلدينا طرفا العقد، البائع والمشترى، ومالك الشىء المبيع، هناك تعارض في المصالح بين المشترى ومالك الشىء المبيع. أمام هذا المركز المركب أراد المشرع أن يحقق التوازن والحماية لكل من المشترى والمالك الحقيقى فقرر قابلية العقد للإبطال لمصلحة المشترى، وفى نفس الوقت عدم نفاذ العقد في مواجهة المالك الحقيقى، نتيجة لتراكب الجزاءين في المركز المركب الواحد وجدت صعوبات في تحديد طبيعة هذا الجزاء، ولذلك اختلف الفقه في تأصيل البطلان المقرر في هذه الحالة اختلافاً شديداً[1]. ولذلك يجب أن يفهم جزاء بيع ملك الغير على ضوء هذه الحقيقة، وبالتالى محاولة التوفيق في تطبيق القابلية للإبطال وعدم النفاذ في وقت واحد وإزالة ما قد يقع بينهما من تضارب[2].

ولنبحث الآن الحكم الذى قررته المادة ٤٦٦ – ٤٦٧ مدنى مصرى على النحو التالى:

١ـ حكم العقد فيما بين المتعاقدين:

عقد بيع ملك الغير عقد قائم منتج لآثاره فيما بين المتعاقدين إلا أن يحكم

---

(١) انظر في تفصيل ذلك، منصور مصطفى منصور، فقرة ١١٣ ص ٢٣٤، وما بعدها، السنهورى، الوسيط جـ ٤، فقرة ١٥٥ ص ٢٧٦ وما بعدها.

(٢) وكثير ما يلجأ المشرع إلى جزاء البطلان خارج نطاقه الفنى لتحقق غايات معينة مثل ذلك بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف وغيره الكثير. ولذلك كثير ما يثير هذا البطلان الكثير من المشاكل لخروجه على القواعد العامة.

بإبطالــه[١] وأن هـذا الإبطــال تقــرر لمصــلحة المشــترى[٢]. ولـنعرض الآن للاحتمالات المتوقعة في هذه الحالة.

أولاً: إذا تمسك المشترى بإبطال العقد فإن على القاضى أن يجيبه إلى طلبه، إذ لــه مصــلحة واضـحة في ذلك وهو استناده إلى عدم تملك البائع للشىء المبيع، وبالتالى عدم إمكانية نقل ملكيته لـه.

يترتب على الحكم بإبطال العقد اعتباره كأن لم يكن بين الطرفين ويترتب عليه وجوب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، بأن يرد البائع الثمن إلى المشترى، ويرد المشترى الشىء المملوك للغير إن كان قد تسلمه.

علاوة على ذلك يجوز للمشترى أن يطالب بتعويض ما أصابه من ضرر بسبب إبطال البيع. ولكن يشترط للاستجابة إلى طلبه هذا أن يكون حسن النية، أى لا يعلم وقت البيع بأن البائع لا يملك المبيع[٣] لكن لا يلزم في المقابل أن يكون البائع سيء النية، أى يكون عالماً وقت البيع أن المبيع غير مملوك لـه،

---

(١) المذكرة الإيضاحية، مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ١٤، نقض ١٩٦٣/١/٤ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٤ ص ٢٩٨، نقض ١٩٨٦/١٠/٢٢ الطعن رقم ٧٨٠ س ٥١ سعيد شعلة ص ٤٥٦.

(٢) نقض ١٩٦٣/١/٤ مجموعة أحكام النقض، س ١٤ ص ٢٩٨ حيث قررت المحكمة أن للمشترى وحده دون غيره طلب إبطال العقد، نقض ١٩٦٨/٤/١٨ نفس المجموعة، س ١٩ ص ٧٨، ١٩٧٩/١/١٠، نفس المجموعة، س ٣٠ ص ١٧٣، نقض ١٢/٢٥/ ١٩٨٥، الطعن رقم ١٦١٨ س ٥٠ سعيد شعلة، ص ٤٠٦.
أما البائع فلا يملك طلب إبطال البيع، ويذهب البعض إلى أن للبائع طلب إبطال البيع للغلط إذا كان يجهل وقت البيع أن المبيع غير مملوك لـه. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١٤ ص ٣٤٧، ٣٤٨. ويذهب البعض الآخر إلى رفض إعطاء البائع طلب الإبطال في هذه الحالة أيضاً، لأنه يتعارض مع التزامه بالضمان، وأنه في هذه الحالة يعتبر مقصراً في بيعه شيئاً غير مملوك لـه. أنور سلطان، فقرة ٤٠٦ ص ٣٩٣، سليمان مرقس، فقرة ٢٧٠، عبد المنعم البدراوى، فقرة ٣٩٩. ولا يجوز للمالك الحقيقى أن يطالب بالإبطال لأن الإبطال لم يتقرر لحمايته، ولكن لـه رفع دعوى الاسترداد على حائزه، كما أن البيع غير نافذ في حقه.

(٣) نقض ١٩٦٧/٨/١٥ مجموعة أحكام النقض، س ١٨ ص ١٥٠ إذ كان المشترى سيء النية ليس لـه أن يطالب بأى تعويض.

فحتى لو كان البائع حسن النية لا يمنع ذلك من مطالبة المشترى بهذا التعويض. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٦٨ مدنى بقولها "إذا حكم للمشترى بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية".

ثانياً: إذا لم يتمسك المشترى بإبطال البيع، أو سقط حقه في التمسك بالإبطال بالتقادم(١)، أو أجاز العقد، على أن الإجازة (أو التأييد) La confirmation هنا يقصد بها التنازل عن الحق في التمسك بالإبطال(٢) في كل هذه الحالات يتأكد وجود العقد بزوال ما كان يتهدده من خطر الإبطال ويعتبر صحيحاً من وقت انعقاده ومنتجاً الآثارة بين البائع والمشترى(٣). ومع ذلك هذا البيع لا ينقل ملكية المبيع إلى المشترى، لأن البائع لا يملك المبيع، كما أن الملكية لا تنتقل من المالك الحقيقى، وهو أجنبى عن العقد، إلا برضائه. لكن البائع يكون ملتزماً بنقل ملكية المبيع وبتسليمه وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية وغير ذلك من التزامات، ويكون المشترى ملتزماً بدفع الثمن

---

(١) وتسقط دعوى الإبطال بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المشترى بأن البائع لا يملك المبيع، وتسقط على كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت البيع طبقاً للقواعد العامة. انظر السنهورى، الوسيط جـ ٤، فقرة ١٦٢ ص ٢٨٩، ٢٩٠، منصور مصطفى منصور، فقرة ١١٤ ص ٢٤٩، ٢٥٠، إسماعيل غانم ص ١٧، وقارن سليمان مرقس، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، ١٩٦٨ فقرة ٢٦٩ ص ٤٤٩، ٤٥٠ وانظر في الرد عليه السنهورى، فقرة ١٦١ ص ٢٩٠ هامش ١.

(٢) انظر في ذلك أستاذنا

G. Couturier, la confirmation des actes nuls, Thèse Paris 1969, L. G. D. J. 1977, Préf. J. Flour.

وانظر في الفرق بين الإجازة والتصحيح

Chr. Dupeyron, la régularisation des actes nuls, Thèse Toulouse, L. G. D. J. 1973, Préf. P. Hebraud.

وقارن السنهورى، الوسيط جـ ٤ فقرة ١٦٣ ص ٢٩٣ حيث يقول أن الإجازة تقلب العقد صحيحاً فيما بين المتعاقدين، وهى في الحقيقة لا تقلبه صحيحاً ولكن يتأكد العقد ويتأكد بزوال الخطر الذى كان يتهدده.

(٣) نقض ١٩٨٥/١٢/٢٥، السابق الإشارة إليه، وقد قررت محكمة النقض علاوة على ذلك إنتقال الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد إلى ورثة كل من الطرفين.

والمصروفات وبتسلم المبيع. وقد يفعل المشترى ذلك على أمل تصحيح العقد عن طريق إقرار المالك أو تملك البائع للمبيع.

وبالرغم من ذلك فإن البائع لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع لأنه لا يملكه لذلك فإن للمشترى أن يطالب بفسخ البيع والتعويض إن كان له مقتضى.

ثالثاً: تصحيح البيع بأيلولة ملكية المبيع إلى البائع، ينقلب البيع صحيحاً في حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد (م ٤٦٧/ ٢ مدنى مصرى) وبالتالى يزول سبب الإبطال، ولم يعد للمشترى الحق في التمسك به ويتأكد العقد ويرتب البيع كافة آثاره. ويلزم أن يتملك البائع المبيع قبل تمسك المشترى بالإبطال، لأن لو حدث ذلك بعد التمسك بالإبطال فلا يكون هناك محل يرد عليه التصحيح، وتملك البائع للمبيع قد يكون بسبب الميراث، كأن يرث البائع المالك الحقيقى، أو بسبب الشراء، كأن يشترى المبيع منه، أو بسبب الوصية أو بأى سبب آخر.

٢- حكم العقد بالنسبة إلى المالك الحقيقى:

ويجب في هذه الحالة أن نفرق بين مرحلتين:

أولاً المرحلة الأولى: قبل نفاذ البيع في حقه:

في جميع الأحوال البيع غير نافذ في مواجهة المالك الحقيقى ويعتبر أجنبياً عن هذا العقد، فلا يلزمه بشىء إلا إذا أقره[1]. وبناء على ذلك يبقى المالك الحقيقى مالكاً للمبيع إذا لم يقر البيع، ولا تنتقل منه الملكية إلى المشترى ولو أجاز هذا الأخير البيع حيث أن الإجازة قاصر أثرها على العلاقة فيما بين المتعاقدين ولا تسرى في حق المالك. فالمالك يستطيع إذن أن يرجع على المشترى بدعوى الاستحقاق، في حالة تسلم المشترى المبيع، وأن يرجع على

(١) نقض ١٩٨٨/٢/١٤ الطعن رقم ١٣٥١ سنة ٥٤ ق سعيد شعلة ص ٤٥٧.

البائع بالتعويض بل لـه أكثر من ذلك أن يرجع على المشترى سيء النية ليطالبه بالتعويض. أما إذا كان المشترى حسن النية فلا رجوع عليه بالتعويض، بل لا يرجع عليه بالثمار. ويرجع المشترى بدوره على البائع بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ أو بدعوى الإبطال كما سبق أن بينا.

لكن قد يتعطل رجوع المالك الحقيقى بدعوى الاستحقاق على المشترى إذا توافر لـهذا الأخير سبب آخر من أسباب كسب الملكية غير البيع. فالمشترى إذا كان حسن النية يمكن أن يكسب المنقول بالحيازة والعقار بالتقادم القصير[1]، بل في حالة سوء نيته قد يكسب كلاً من المنقول والعقار بالتقادم الطويل.في هذه الحالة يكون للمالك الحقيقى أن يرجع على البائع بالتعويض. علاوة على رجوعه بالتعويض عن الثمار التى اكتسبها المشترى حسن النية أو عن الضرر الذى أصابه من جراء خروج المبيع من يده إذا توافرت شروط ذلك.

ثانياً المرحلة الثانية: بعد نفاذ البيع بإقرار المالك الحقيقى:

لكى يكون لـهذا الإقرار la ratification مفعول أو أثر يجب أن يصدر من المالك قبل تمسك المشترى بالإبطال، لأن التصرف الذى يريد إقراره ليصبح نافذاً في مواجهته قد زال بالإبطال واعتبر كأن لم يكن ليس بالنسبة للمتعاقدين فحسب بل بالنسبة لـه أيضاً.

وإقرار المالك، في حالة تدخله في الوقت المناسب، يعطى للعقد كامل فعاليته ويجعله صحيحاً بالتالى يتحقق لـهذا العقد إمكانية التنفيذ. ولذلك يجب تسجيل هذا الإقرار في بيع عقار الغير حتى تنتقل الملكية من المالك الحقيقى للمشترى. ويترتب على هذا الإقرار أيضاً أن يسقط حق المشترى في التمسك بالإبطال لزوال سببه، إذ ليس لـه حجة أو عذر لطلب تخلصه من هذا العقد، كما أن هذا الإقرار يجعل إجازته أيضاً غير ذات موضوع إذا ما صدرت بعد هذا الإقرار.

---

(١) نقض ١٩٨٨/٤/٢٦،الطعون رقم ٣٠٤، ٧٩٢، ٦٥٣ س ٥٥ ق سعيد شعلة ص ٤٥٧.

وإقرار المالك يترتب عليه أن يجعل العقد صحيحاً من وقت إبرامه بالنسبة للمشترى، ولكن العقد لا يسرى في حق المالك الحقيقى إلا من وقت الإقرار فلا تنتقل الملكية منه إلى المشترى إلا من هذا الوقت وهذا أيضاً فيما يتعلق بحقوق الغير. وعلى ذلك إذا كان المالك الحقيقى قد رتب حقاً عينياً على المبيع قبل إقراره انتقلت ملكية المبيع إلى المشترى مثقلة بهذا الحق وفى هذه الحالة يجوز للمشترى أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق الجزئى[1].

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ١٦٦ ص ٢٩٨.

الفصل الثالث

الثـمــن

ـ الثمن النقدى عنصر جوهرى في عقد البيع:

والثمن هو المبلغ النقدى الذى يلتزم المشترى بدفعه للبائع كمقابل لنقل ملكية الشىء المبيع(١). وهو بذلك يشكل ركن أساسى من أركان عقد البيع، بدون ثمن ليس هناك بيع. ولـهذا الثمن أهمية كبيرة للتفرقة بين عقد البيع وغيره من العقود التى قد تشتبه به على النحو السابق بيانه. ولذلك يشترط في هذا الثمن النقدى أن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير، وأن يكون جدياً ولنعرض ذلك بشىء من التفصيل.

المبحث الأول
شرط التقدير

ـ التقدير أو القابلية للتقدير:

الثمن يعتبر ركن أساسى من أركان عقد البيع، مثل الشىء المبيع، ولذلك يجب أن يتم الاتفاق عليه فيما بين المتعاقدين. فأى خلاف حول الخصم أو

---

(١) الثمن من الناحية الاقتصادية يشمل:
١ـ قيمة الشىء التى تتحدد طبقاً لقانون العرض والطلب.
٢ـ وهامش الربح الذى يعود على البائع وهو الذى يعتبر المحرك الرئيسى للنشاط الاقتصادى ويتوقف نطاقه على عوامل كثيرة منها: الظروف، ومهارة البائع وقوته وضعفه من الناحية الاقتصادية.
٣ـ المصاريف المختلفة، مثل الرسوم والضرائب، نفقات التعبئة والتخزين وغير ذلك. وهى تأخذ حكم الثمن فتقع على عاتق المشترى ما لم يوجد اتفاق مخالف.
أما الثمن من الناحية القانونية فهو يشمل كل العناصر التى تعود بالفائدة على البائع والتى تقابل في ذمته المالية قيمة الشىء المبيع. ولذلك يكون الثمن في المعتاد مبلغ من النقود يعطى للبائع بالإضافة إلى المصاريف المختلفة. لكن ليس هناك ما يمنع أن يكون الثمن على شكل مقاصة بين ديون البائع للمشترى وحقوق المشترى على البائع، أو يكون في شكل دفع دين للغير على البائع وهذا يمكن تكييفه على أنه تعيين لجهة الدفع إذا لم يقبل الدائن صراحة أن يكون المشترى مديناً لـه، أو إنابة في حالة قبولـه. انظر في تفصيل ذلك:
Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit 210, 202 p. 150.

المصاريف أو حتى حول كيفية الدفع – إذا اعتبرها المتعاقدان عنصراً أساسياً - يحول دون إنعقاد عقد البيع. لكن على العكس من ذلك إذا كان هناك غموض أو إبهام في إرادة المتعاقدين فإن الأمر يتعلق بتفسير العقد طبقاً للقواعد العامة.

وعلى ذلك يجب أن يحدد المتعاقدان الثمن أو على الأقل أن يتفقا على الأسس التى يحدد بمقتضاها الثمن فيما بعد (م ٤٢٣/ مدنى مصرى) ويتضح من ذلك أنه ليس من الضرورى أن يحدد الثمن في شكل رقم محدد وقت إبرام العقد لأن ذلك يضحى، بسبب عدم الاستقرار الاقتصادى، مستحيلاً في معظم الصفقات الآجلة. ولذلك يكفى أن يكون الثمن قابلاً للتقدير، بمعنى يمكن تحديده طبقاً لعناصر موضوعية، فلا يكفى الاتفاق على بيع الشىء بما يساويه من القيمة أو بثمن عادل، وإنما يكفى الاتفاق على أن يكون الثمن مساوياً للثمن الذى اشترى به البائع، أو مساوياً لسعر السوق[1] وكذلك يجوز الاتفاق على أجنبى لتقدير الثمن.

لكن يقع البيع باطلاً إذا ترك تحديد الثمن لمشيئة أحد المتعاقدين فقط، البائع أو المشترى، لأنه لا يجوز أن يترك لمحض مشيئة أحد الأطراف تحديد شريعة العقد، بحيث يكون أحد المتعاقدين تحت رحمة الطرف الآخر، يكفيه مجرد الامتناع عن تقدير الثمن حتى يبطل العقد[2].

إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما (م ٤٢٤ مدنى مصرى، أنظر المادة ١/٨٩ قانون تجارة جديد بالنسبة للبيوع التجارية).

وعلى ذلك سنعرض للأسس الموضوعية لتقدير الثمن، ثم نبين الحالة التى يترك فيها تقدير الثمن لأجنبى.

---

(١) وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية منذ زمن طويل:
Req. 7 janv. 1925, D. H. 25. 57.

(٢) J. Ghestin, L'indétermination du prix de la vente et la condition potestive, D. 1975 chr. 293.

أولاً – أسس تقدير الثمن:

وسنعرض للأسس التى نص عليها القانون المدنى، وهى سعر السوق، والسعر المتداول في التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بين المتبايعين، ونتساءل أخيراً عن مدى إمكانية تحديد الثمن بربطه بعائد الشىء المبيع.

١- أساس التقدير سعر السوق:

قد نصت المادة ٤٢٣/ ٢مدنى مصرى على أنه "إذا اتفق على الثمن هو سعر السوق، وجب عند الشك، أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشترى، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذى يقضى العرف أن تكون أسعاره هى السارية"[١] (انظر المادة ٨٩/ ٢ قانون تجارى جديد بالنسبة للبيوع التجارية).

إذا اتفق المتعاقدان على أن يكون الثمن هو سعر السوق، فإن الثمن هنا غير مقدر، ولكنه قابل للتقدير وذلك بالرجوع إلى سعر السوق. وبصفة عامة عندما يتفق المتعاقدين على أن يكون الثمن هو سعر السوق فإنهما يقصدان السعر الجارى في يوم التسليم. ولذلك إذا وجد شك في تحديد زمان ومكان سعر السوق قد أخذ المشرع المصرى بالغالب في هذه الحالة واعتبر أن الثمن هو سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشترى[٢] ويتضح من ذلك أنه في حالة تحديد الثمن بسعر السوق أن تسليم المبيع ودفع الثمن مضافان إلى أجل وهذا التحديد يكون مألوفاً في فترة عدم الاستقرار

---

(١) والقانون حسم خلاف سائد إلى الآن في فرنسا حيث أن القضاء يذهب في هذه الحالة إلى بطلان البيع انظر
Com. 10 déc 1979, Bull. IV, no 329; com, 21 mars 1983, Bull. III no 110.

(٢) فإذا باع شخص غلال بسعر السوق، وكان التسليم في شهر أكتوبر، فالمفروض أن المتبايعين قد قصدا أن يكون الثمن مطابقاً لسعر الغلال في بورصة الإسكندرية في شهر أكتوبر. فإذا كان التسليم في كفر الزيات، كانت السوق سوق كفر الزيات، إذ لا يشترط أن تكون السوق بورصة. السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٢١٠ ص ٣٧٦.

الاقتصادى حيث يستحيل على البائع توقع الثمن المستقبل الذى يحقق لـه عائد من بيع بضائعه.

فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، كما لو كان التسليم في قرية صغيرة ليس فيها سوق منظم، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذى يقضى العرف أن تكون أسعاره هى السارية[1].

٢ـ أساس التقدير السعر المتداول في التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بين المتبايعين (م ٤٢٤ مدنى مصرى وانظر م ٨٩/ ١ قانون تجارى جديد بالنسبة للبيوع التجارية)

نصت المادة ٤٢٤ مدنى مصرى على أنه "إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما".

يتضح من ذلك أنه ليس من الضرورى أن يحدد المتعاقدان الثمن برقم محدد وقت التعاقد طالما أنه يمكن أن يستشف من ظروف التعاقد أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى اعتماد السعر المتداول في التجارة، إذ في هذه الحالة يكون الثمن قابلاً للتقدير ويرجع في تقديره إلى سعر السلعة المتداول بين التجار لنفس الشىء المبيع في نفس القطاع أو المجال وفى ظروف مماثلة[2] والسعر المتداول بين التجار غير محدد بوصف معين، بمعنى يستوى أن يكون هذا

---

(١) والقضاء الفرنسى، لعدم وجود نص مماثل، متشدد في هذه الحالة فيشترط أن يكون سعر السوق غير متحكم فيه أى من البائع أو المشترى، فإذا كان كذلك كان البيع باطلاً. وكذلك إذا تم الإحالة إلى سعر سوق غير موجود انظر:

Com, 10 déc.1975,12 mars 1983 précités.

في بيع السيارات الجديدة في أوروبا هناك شرط معتاد ينص على أن "الثمن الذى يؤخذ به هو الثمن الذى سيكون سائداً في يوم تسليم السيارة أياً كان اتجاه تغير الأسعار، بالارتفاع أو بالانخفاض" والقضاء في فرنسا متردد بين بطلان وصحة هذا البيع. كما أن لجنة الشروط التعسفية تمنت أن يعلن اعتبار هذا الشرط تعسفياً انظر في ذلك:

Ph. Malaurie,L. Aynés, op. cit, no 209 p. 155.

(٢) قارن ما ورد في نص المادة ٥٥ من اتفاقية فيينا في ١١ أبريل ١٩٨٠ والمتعلقة بعقود البيع الدولية للبضائع.

السعر هو سعر البورصة أو سعر السوق المحلية في مكان التسليم أو غيره من الأمكنة. كما أن المشرع لم يشترط فيه أى شرط خاصة بعدالته أو بمعقوليته[1] وذلك ستكون العبرة في تحديد ثمن الشيء المبيع على النحو السابق بقطع النظر عن قيمة المبيع في ذاته، فيستوى أن يكون السعر المتداول بين التجار أقل أو أكثر من قيمة المبيع الحقيقية.

وقد يظهر من الظروف والملابسات اتجاه إرادة المتعاقدين إلى اعتماد السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما، فيكون الثمن قابلاً للتقدير، ويرجع في تقديره إلى هذا السعر الذى جرى عليه التعاملات السابقة بينهما.

٣- تقدير الثمن المرتبط بعائد الشيء المبيع:

في الوقت الحديث أصبح من المألوف أن البائع يرغب في الاشتراك في عائد الشيء. مثال ذلك في بيع براءة الاختراع يشترط غالباً أن الثمن المستحق للبائع سيكون بالنظر إلى العائد الذى يتحصل عليه المشترى. وكذلك بالنسبة للموزع الحصرى Concession d'exclusivité حيث يكون المشترى الموزع عليه التزام ببيع حد أدنى من الأشياء، الثمن في هذه الحالة يعتمد على عدد الأشياء المباعة للمستهلكين. وأيضاً فيما يسميه الإنجليز The sale forward، وهو منتشر في كل من هولندا وأنجلترا وكندا، في بيع العقارات للاستعمال التجارى، هناك جزء من الثمن يكون مكون في بعض الأحيان من جزء من

---

(١) القانون الأمريكى أكثر مرونة حيث إنه يسمح بصحة البيع التجارى الذى لم يتضمن تحديداً للثمن، إذ في هذه الحالة يكون الثمن هو الثمن المعقول وقت التسليم. والقانون الألمانى يسمح بإمكانية ترك تحديد الثمن لتقدير أحد الأطراف في الحدود التى لا يكون فيها الثمن غير عادل بالنظر إلى مصلحة الطرف الآخر انظر:

I. Corbisier, La détérmination de prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchdises, réflexions comparatives, Rev. inter. Dr. compar. 1988. 767 et s. (droits francais, belge, anglais, américain, surtout Louisianais); Strauch et Neuman, la détérmination des prix et autres prestations en droit allemand des contrats, Dr. et prat de com. Inter. 1980. 133 – 147 pour le droit blege, Paulus de Rode,ibid. 89 – 94 pour la droit américain, ibid 1981. 1310.

الإيجارات المستحقة للمشترى من المستأجرين لهذه العقارات يدفعها المشترى للبائع خلال مدة معينة.

في القانون الفرنسى المحاكم قررت، بصفة عامة، أن هذا البيع صحيح لأن البائع ليس تحت رحمة المشترى ولكن هناك بعض المخاطر التجارية المقبولة[١]. ولكن هناك أيضاً بعض الأحكام التى التزمت حرفية النصوص وحكمت ببطلان البيع لعدم تحديد الثمن، ولأن المشترى هو الحكم في تحديد الثمن مما يجعل البائع تحت رحمته[٢].

في القانون المصرى هذا البيع يعتبر صحيحاً على ضوء الأحكام التفصيلية التى أوردها المشرع في هذا الصدد وخاصة وأن تحديد الثمن يرتكن إلى أسس موضوعية غالباً ما تكون مرتبطة بسعر السوق أو بالسعر المتداول في التعامل بين التجار.

ثانياً – تقدير الثمن بمعرفة الغير:

لم يرد نص في القانون المدنى المصرى يسمح للغير بتقدير الثمن، وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشمل على نص المادة ١٨٥ اقتبس من المواد ٣١٥، ٣١٧، ٣١٩ من التقنين الألمانى وكان يخرج في بعض المسائل عن القواعد العامة. وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص من المشروع النهائى[٣] ويذهب الفقه مع ذلك إلى جواز تقدير الثمن بمعرفة الغير طبقاً للقواعد العامة وخاصة وأنه ليس هناك ما يحول دون ذلك[٤].

---

(١) Req. 5 mai 1905, D.P. 06. . *360.*

(٢) Com. 5 mai 1959, Bull. III, No 193, D. 59. 575.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢١٥، ص ٢١٦.

(٤) وإن اختلف الفقهاء فيما بينهم في تحديد طبيعة عمل الغير في تحديد الثمن، انظر أنور سلطان، فقرة ١٤٦ ص ١٦٥ وما بعدها. السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٢١٢ ص ٣٧٨، ٣٧٩، منصور مصطفى منصور، فقرة ٣١ ص ٥٥ وما بعدها، عبد المنعم البدراوى، فقرة ١٤٠، سمير تناغو، فقرة ٢٦ ص ١١٠،١١١. وفى البيوع التجارية قد أورد المشرع نص المادة ٩٠ في القانون التجارى الجديد لتنظيم هذه الحالة.

يتضـح مـن النصـوص السـابقة أنـه قد يـترك المتـبايعان تحديـد الثمـن لغيرهما باعتباره أقدر منهما على القيام بهذه المهمة أو لأنهما يثقان في تقديره. وقد يتفق الطرفان مباشرة على تعيين هذا الغير الذى يعهد إليه بمهمة تحديد الثمن، وقد يتفقان على الطريقة التى يتم تعيينه بها في العقد ذاته، كأن يتفقا على أن يكون هذا التعيين للمحكمة، فتقوم بذلك بناء على التراضى بين الطرفين، لا من تلقاء نفسها حيث إن ذلك ممتنع عليها[1].

وإذا تم الاتفاق مباشرة على شخص معين للقيام بتحديد الثمن، أو ترك تعيينه للمحكمة، وقامت بتعيينه، فإن العقد يقوم صحيحاً وإن كان الثمن غير مقدر إلا أنه قابل للتقدير.

وإذا ما قام الشخص الثالث بتحديد الثمن التزم كل من البائع والمشترى بهذا التحديد لأنه استمد سلطته من تفويضهما له. فهو وكيل عنهما في ذلك ويسرى تقديره في حقهما. ويعتبر البيع قد تم لا من وقت تقدير المفوض للثمن بل من وقت الاتفاق على تعيينه حيث كان الثمن مستجمع لكل أركانه ومنها الثمن إذ كان قابلاً للتقدير[2]. ويترتب على ذلك أن ملكية المبيع إذا كان معيناً بالذات تنتقل من وقت البيع، وفى العقار من وقت التسجيل ولو سجل العقد قبل تقدير المفوض[3].

وإذا لم يقم المفوض بتقدير الثمن لأى سبب، كأن امتنع عن ذلك ولو بغير عذر أو مات قبل أن يقدر الثمن أو تعذر عليه تقديره لعدم خبرته أو لعجزه فلا ينعقد عقد البيع ولا يستطيع القاضى إجبار المفوض على تقدير الثمن، كما لا يمكن تعيين شخصاً آخر مكانه. كما أنه ممتنع على القاضى تقدير الثمن

(1) Civ. 25 avr. 1952, D. 52. 635, J. C. P. 52 II. 7181, Gaz.lal. 52. II. 71, Rev. trim. Dr.civ. 52. 515 note J. Carbonnier.

(2) Com. 25 mai 1981, Bull. IV, no 244.

(3) السنهورى الوسيط، جـ ٤ فقرة ٢١٢ ص ٣٨٠ وبصفة خاصة هامش ٣.

بنفسه[1] ولكن يمكن للطرفان تعيين شخص آخر يحل محلـه. ويجب أن يقبل المفوض هذه المهمـة[2] فإذا قبلـها وقدر الثمن اعتبر البيع قد تم من وقت تعيينه لا وقت تقدير الثمـن. أمـا إذا كـان عقد البيع قد تضمن أن تقدير الثمن يقوم به مفوض يعينانه في المستقبل فإنـه إلى أن يتم تعيينه فلا يوجد عقد لتخلف أحد أركانـه وهو الثمـن، لأنـه غير مقدر وغير قابل للتقدير، أما إذا اتفق على تعيينه تم البيع من هذا الوقت فقط، وإذا فرض وأن رفض أحدهما تعيين المفوض الذى وعد بتعيينه فإنـه يكون مسئولاً عن التعويض طبقاً للقواعد العامة[3] وفى هذه الحالة البيع لا يتم.

خاتمـة: يتضـح ممـا سبق أنـه "إذا لم يتفق المتعاقدان، لا صراحة، ولا ضمناً، على تحديد الثمـن أو على جعلـه قابلاً للتحديد ببيان الأسس التى يحدد بمقتضاها، فإن البيع يكون باطلاً لفقده ركناً من أركانه"[4].

المبحث الثانى

شرط الجدية

-يجب أن يكون الثمن حقيقياً وجدياً:

ويشترط في الثمن أن يكون حقيقياً وجدياً حتى يكون البيع صـحيحاً. وعلة هذه القاعدة توجد في نظرية السبب. فلا يكفى أن يكون الطرفان قد أرادا البيع (بمعنى وجود رضاء خالى من العيوب) وإنما يلزم أن يكون لالتزام البائع سبباً، وهو الثمن، الذى يشكل المقابل للشيء المبيع.

---

(١) Civ. 1, 24 nov. 1965, Bull. I no 651, J. C. P. 66. II. 14602, note Gaury, Rev. trim. Dr. cv. 66. 310 note G. Cornu.

(٢) Civ. 3, 23 oct 1979, Bull. II. No 188, Gaz. Lal. 24 févr. 1980, Rev.trim. dr.civ. 80 – 366 note G. Cornu.

(٣) Con 29 juin 1981, Bull. IV, no 298.

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، مجموعة الأعمال التضحيرية، جـ ٤ ص ٣٣.

وتختلف فكرة الثمن الحقيقى عن فكرة الثمن الجدى، من حيث أحدهما شخصية تتعلق بقصد المتعاقدين، والثانية موضوعية مرتبطة بالوجود المادى للثمن.

أولاً – الثمن الحقيقى Prix réel:

ـ الثمن الصورى Prix fictif ou simulé: إن الذى يقابل الثمن الحقيقى هو الثمن الصورى الذى اتفق عليه بين الطرفين منذ إبرام العقد والذى لا يقوم المشترى بدفعه على الإطلاق. كأن يتخذ المتعاقدان عقد البيع ستاراً لإخفاء هبة تجنباً للشكلية المطلوبه، إذ أن الرسمية ركن في الهبة. والقاعدة العامة في هذا الصدد هى الاعتداد بالتصرف الحقيقى دون التصرف الصورى في العلاقة فيما بين المتعاقدين ولذلك يجب أن يتوافر للعقد الحقيقى الهبة، أركانها وشروط صحتها، من الناحية الموضوعية، أما ركن الشكل فلا داعى له لأن الفرض أن الهبة ليست صريحة، بل مستترة[1].

أما إذا كان الهبة مكشوفة كأن يبرئ البائع في عقد البيع نفسه المشترى من الثمن المذكور في العقد، أو أن يهبه إياه، ولذلك يجب أن تنطبق على الهبة الشروط الموضوعية والشكلية معاً.

على العكس من ذلك إذا توافر للعقد جميع أركانه بما فيها الثمن بعد ذلك أبرأ البائع من الثمن أو وهبه إياه فلا تأثير لذلك على البيع الذى قام صحيحاً وقت إبرامه.

ثانياً – الثمن الجدى Prix sérieux:

ـ الثمن التافه Prix dérisoire: ويكون الثمن جدى إذا كان غير تافه. والثمن يكون تافهاً عندما لا يوجد ثمن أو إذا وجد فيكون منخفض للغاية بحيث لا يتناسب البتة مع قيمة المبيع، كأن يبيع سيارة قيمتها أربعون ألف جنيه بألف

(١) انظر نبيل سعد، المرجع السابق، الجزء الثانى أحكام الالتزام، ص ١٦٧.

جنيه فقط. وهذا معيار موضوعى لأنه مرتبط بالوجود المادى للثمن. فإذا تم البيع بثمن تافه فإنه لا يعتبر بيعاً وإنما يعتبر هبة مكشوفة يجب أن يتوافر فيها الشروط الشكلية والموضوعية.

ومثال الثمن التافه أن يبيع شخص عيناً مقابل ثمن هو إيراد مرتب مدى حياة البائع ولكن هذا المرتب من ريع العين[1] لكن الأمر يختلف إذا كان البيع قد تم على هذه الصورة ولكن تبين أن هذا الريع غير مستقر وأنه عرضة للنقصان لأى سبب كان فأراد البائع أن يتخلص من هذه المخاطر وقبل هذا الثمن الذى يعادل ريع المبيع في ظل هذه الظروف، فإن الثمن هنا يكون جدى وإن كان ثمناً بخساً ويصح البيع[2].

ويلزم لكى يكون البيع صحيحاً أن يتضمن ثمناً جدياً يتم الاتفاق عليه. ولا يغير من ذلك موقف المشترى فيما بعد كأن لا يدفع أى مبالغ، أو أنه يصبح دائناً للبائع بسبب حجم الدين الذى قبل أن يدفعه عن البائع.

ثالثاً – الثمن البخس: دعوى الغبن الفاحش:

تنص المادة ٤٢٥ مدنى مصرى على أن "١- إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل" "٢- ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع".

وتنص المادة ٤٢٦ مدنى مصرى على أن "١- تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن، إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع".

---

(١) Req. ler mai 1911, cons. Pellet, D. P. 11.I. 353, note M. Planiol; civ. 1, 24 oct. 1978, Bull. I. No 319, J. C. P. 79 éd Not. 7168, Rev. trim. Dr. civ. 79. 396, note G. Cornu.

(٢) Planial, note précitée,Planial et Ripert, t. x. parJ. Hamel, no 41.

وتنص المادة ٤٢٧ مدني على أنه "لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلني".

وسنعرض هنا لشروط الغبن الفاحش، وأثر الغبن الفاحش.

١ـ شروط الغبن الفاحش:

هذه الحالة تعود إلى القانون الروماني كما سبق أن رأينا. وهي تثير فكرة الثمن العادل. هذه الفكرة لا تتعلق بقانون البيع فحسب ولكن مرتبطة بأساس القانون نفسه. كما أن الغبن مرتبط عادة بالتحولات الاقتصادية، لأنه أثناء الأزمات الاقتصادية طرحت دائماً مسألة الغبن من الناحية التاريخية. ولم يأخذ المشرع المصري بالغبن، كعيب في محل العقد، كقاعدة عامة وإنما أخذ به في حالات خاصة كالغبن في القسمة، والغبن في حالة بيع عقار غير كامل الأهلية كما أن المشرع قد لجأ إلى معيار مادي لتحديد الغبن الفاحش الذي يجيز نقض العقد لنعرض الآن الشروط الواجب توافرها في هذه الحالة.

الشـرط الأول: يتعلق بصاحب العين المبيعة، يجب أن يكون غير كامل الأهلية. سواء كان فاقد الأهلية أو كان ناقصها فقط. وهؤلاء جميعاً في حاجة إلى حماية سواء باشروا البيع بأنفسهم أو عن طريق من ينوبون عنهم[١] أما الشخص كامل الأهلية فليس في حاجة إلى هذه الحماية إلا إذا تعرض لاستغلال وتوافرت شروطه.

الشـرط الثاني: يتعلق بالعين المبيعة، يجب أن تكون عقاراً، ويشمل ذلك كل حق عيني عقاري، سواء أكان حق ملكية أو أي حق عيني آخر متفرع عن الملكية ـ ولذلك لا يدخل في نطاق هذه الحماية بيع المنقولات. وذلك يرجع فقط لاعتبارات تاريخية محضة، حيث إنه في الوقت الحاضر هناك كثير من القيم المنقولة ما يفوق قيمة العقار من الناحية الاقتصادية ومن حيث الأهمية.

(١) إذا باع ناقص الأهلية العقار بنفسه دون إذن أو إجازة، فيكون البيع قابلاً للطعن فيه بدعوى الغبن ودعوى الإبطال معاً.

ويستوى أن يكون العقار مفرزاً أو شائعاً. وإذا كان البيع يتضمن عقاراً ومنقولاً في صفقة واحدة وبثمن واحد فالأمر يتوقف على قابلية أو عدم قابلية الصفقة للتجزئة. فإذا كانت تقبل التجزئة انحصر الطعن بالغبن في العقار. أما إذا كانت غير قابلة للتجزئة فإن الطعن بالغبن يلحق البيع كله على ألا يدخل في حساب الغبن إلا قيمة العقار وحدة منسوبة إلى حصته في الثمن[1].

الشرط الثالث: يتعلق بطريقة البيع، إذ يجب ألا يكون البيع قد تم في مزاد علنى طبقاً لأحكام القانون، فالحماية هنا قاصرة على بيع عقار القاصر دون الشراء. كما أن الحماية قاصرة فقط على البيع الذى يتم بالممارسة لأن البيع بالمزاد العلنى يحاط بإجراءات تكفل حماية القاصر. وحتى إذا رسا المزاد بثمن يقل عن قيمة العقار بأكثر من الخمس فإن هذا دليل على أن العقار لا يجد مشترياً بأكثر من هذا الثمن وبالتالى فلا محل للطعن في البيع بالغبن.

الشرط الرابع: يتعلق بمعيار الغبن، وهو أن الثمن يقل عن قيمة العقار المبيع وقت البيع بأكثر من الخمس. ومعنى ذلك إذا بيع العقار بثمن هو أربعة أخماس قيمته وقت البيع أو بثمن أكثر من ذلك، فلا محل للطعن في البيع بدعوى الغبن. ومعيار الغبن هنا معيار مادى وهو اشتراط أن يصل الغبن إلى رقم محدد. فالغبن الفاحش هو ما يزيد على الخمس. وهذا الرقم مأخوذ من الفقه الإسلامى[2].

والعبرة في تحديد قيمة العقار لمعرفة ما إذا كان هناك غبن أم لا هو وقت البيع لا وقت الطعن بالغبن (م ٤٢٥/ مدنى) كما أن العبرة بالثمن الذى يستحقه صاحب العقار المبيع دون المصروفات، حيث إن هذه المصروفات لا تعود على صاحب العقار بفائدة كما سبق أن بينا.

---

(١) السنهورى، الوسيط جـ ٤ فقرة ٢٢٠ ص ٣٩٣.
(٢) السنهورى، الوسيط جـ ٤ فقرة ٢٢٢ ص ٣٩٧.

٢ـ أثر الغبن الفاحش:

إذا توافرت الشروط السابقة يكون للبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. فإن لم يدفع لـه المشترى تكملة الثمن بعد الحكم بها عليه كان لـه أن يطلب فسخ البيع. ولنعرض لذلك فيما يلي:

أـ دعوى تكملة الثمن: يجب أن نؤكد على حقيقة هامة، منذ البداية، أن الغبن ليس سبباً من أسباب إبطال العقد إلا إذا كان ركناً للاستغلال كعيب للإرادة، أى يكون الغبن نتيجة استغلال ضعف نفسى، طيش أو هوى جامح، لدى المتعاقد الآخر وهذه قاعدة عامة يخضع لها كل العقود. أما الغبن كعيب في محل العقد لا يشكل سبباً للإبطال وإنما هو سبب لتكملة الثمن أو لنقض العقد في بعض الأحوال، كما هو الحال في القسمة.

وقد كرس المشرع الحماية اللازمة لغير كاملى الأهلية سواء عن طريق نظرية البطلان، إذا توافرت شروطها، أو قانون الولاية على المال. لكن في الحالات التى يبقى بيع أحد هؤلاء قائماً فإنه يجب ألا يباع عقاره بأقل من أربعة أخماس قيمته، فإذا بيع بأقل من ذلك وجب استكمال الثمن إلى أن يصل إلى أربعة أخماس القيمة.

ويباشر دعوى تكملة الثمن صاحب العقار المبيع، بنفسه، عند بلوغه سن الرشد وإجازته للبيع الذى باشره، أو عن طريق ورثته، إذا مات قبل بلوغ سن الرشد أو بعد بلوغه هذا السن وقبل تقادم دعوى الغبن، أو عن طريق وليه نيابة عنه إذا كان لا يزال قاصراً سواء باشر القاصر البيع بنفسه أو باشره عنه الولى بعد إذن المحكمة[(١)]. وترفع الدعوى على المشترى أو ورثته، لأن تكملة الثمن التزام في ذمة المشترى. وبالتالى ترفع أمام المحكمة التى تقع في دائرتها موطن المدين، المشترى.

---

(١) السنهورى، الوسيط جـ ٤ فقرة ٢٢٣ ص ٣٩٩.

ويقع عبء إثبات الغبن على صاحب العقار المبيع، ولـه بطبيعة الحال ـ طبقاً للقواعد العامة ـ أن يطلب تعيين خبيراً لتقدير قيمة العقار وقت البيع.

وإذا صدر حكم على المشترى بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، أى قيمة العقار وقت البيع، فإن هذا الحكم صادر بإلزام المشترى بما عليه من حق شخصى للبائع ولذلك يجوز تنفيذه على جميع أموال المشترى. بما فيها العقار المبيع ذاته. كما أن تكملة الثمن، يضمنه امتياز البائع على العقار المبيع باعتبارها جزء من الثمن.

وتسقط دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن، بمدة ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع (م ٤٢٦/ ١. مدنى) وتبدأ مدة الثلاث سنوات من وقت بلوغ البائع لسن الرشد. وإذا مات قبل انقضاء الثلاث سنوات كان لورثته رفع الدعوى في المدة الباقية. أما إذا مات قبل بلوغه سن الرشد، فللورثة رفع الدعوى في خلال ثلاث سنوات من وقت موته والمدة هنا مدة تقادم لا مدة سقوط، فيرد عليها الانقطاع ولكنها لا توقف لأن التقادم هنا أقل من خمس سنوات.

أما إذا كان البائع محجوراً عليه فإن رفع دعوى تكملة الثمن يقوم به القيم طوال مدة الحجر. فإذا مات خلال مدة الحجر فيكون لورثته رفعها في خلال ثلاث سنوات من وقت موته. إذا رفع الحجر كان للبائع أن يرفعها في خلال ثلاث سنوات من وقت رفع الحجر فإذا مات قبل انقضاء الثلاث سنوات، كان لورثته رفع الدعوى في المدة الباقية.

ب ـ دعوى الفسخ: وهذه الدعوى تمليها القواعد العامة حيث إنه إذا لم يدفع المشترى تكملة الثمن بالرغم من الحكم عليه فإن للبائع أن ينفذ الحكم تنفيذاً عينياً على أموال المشترى للحصول على حقه في تكملة الثمن، كما لـه أن يطالب بفسخ البيع شأنه في ذلك شأن كل بائع لم يستوف الثمن بأكمله أى أن الفسخ ليس جزاءً للغبن، كما لـه أن يطالب بالتعويض إن كان لـه مقتضى.

ويترتب على الفسخ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كان عليها قبل التعاقد، فيسترد البائع العقار ويرد ما قبضه من الثمن إلى المشترى. لكن قد يصطدم ذلك بتصرف المشترى في العقار، معاوضة أو تبرعاً، لذلك فإن استرداد العقار يتوقف على حسن أو سوء نية المتصرف إليه أى الخلف الخاص للمشترى. فإذا كان المتصرف إليه، وهو من الغير، حسن النية وكسب حقاً عينياً على العقار المبيع طبقاً للقانون فإنه لا يضار من دعوى تكملة الثمن وما يتفرع عنها من دعوى فسخ (م٤٢٦/ ٢ مدنى) إذ لا يستطيع البائع في هذه الحالة أن يسترد العقار ولا يبقى أمامه إلا الرجوع على المشترى بالتعويض لاستحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه طبقاً للقواعد العامة ودون التقيد بالقواعد الخاصة باستكمال الثمن.

أما إذا كان المتصرف إليه سيء النية، وعبء إثبات سوء النية يقع على البائع، فإن كان يعلم وقت تعامله مع المشترى بقيام دعوى تكملة الثمن، فإنه يكون للبائع، في هذه الحالة، أن يسترد العقار من تحت يده. وتسقط دعوى الفسخ طبقاً للقواعد العامة أى بخمس عشرة سنة من وقت امتناع المشترى عن دفع تكملة الثمن.

الباب الثانى

صور خاصة للبيع

(البيوع الائتمانية)

تمهيد وتحديد:

وهنا سنعرض فى مقدمة قصيرة لفكرة الائتمان، ثم لفكرة البيع الائتمانى، قبل أن نعرض لصور من البيع الائتمانية.

١ـ فكرة الائتمان:

إن الائتمان فى القانون المدنى والقانون التجارى موزع بين عدة أنظمة، وإن دراسة الفقهاء لهذه الأنظمة ترتكز على الجوانب الفنية المحضة دون البحث فيما وراء الدراسة الفنية عن الفكرة العامة التى تجمعها، وهى الائتمان.

وبديهى أننا لا نستطيع أن نضع تعريفاً جامعاً مانعاً للائتمان من الناحية القانونية، وخاصة وأن فكرة الائتمان وإن كانت تعتبر واحدة فى جوهرها وطبيعتها فى كل من القانون المدنى والقانون التجارى إلا أنها تختلف من حيث الدرجة فى كل من القانونين[1].

ولذلك سنقتصر، بصدد تعرضنا للتعريف بالائتمان، على التركيز على العناصر التى تكشف لنا عن جوهره وطبيعته. هذه العناصر يمكن إجمالها فى عنصرين:

١ـ إرتباط الائتمان بالثقة.

٢ـ إرتباط الائتمان بالعقد والزمن.

الائتمان يرتكز على الثقة:

هناك مبدأ أساسى شائع ومعبر عن الارتباط الوثيق بين الائتمان والثقة، وهذا المبدأ رغم عبارته الوجيزة إلا أن دلالته ذات مغزى كبير. وعبارة المبدأ تقول "الائتمان مات، الموفى السئ قتله"

---

(١) انظر نبيل سعد، نحو قانون بالائتمان، السابق الإشارة إليه، ص ٢٠٥ وما بعدها، ص ٢٢١ وما بعدها.

"Crédit est mort, le mauvais payeur l'a tué".[1]

فماذا تعنى كلمة ائتمان إن لم تكن تعنى الثقة فى حسن نية الشخص الذى يلتزم نحوك. فالجانب النفسى للائتمان يتمثل فى السؤال الآتى: هل لدينا الثقة فى كلام شخص ما أم لا؟ فإذا كانت الإجابة بالإيجاب يجب أن نذلل الصعاب، ويصبح دور الائتمان فيه شئ من المجاز أو الرمز. وهنا يظهر لنا العنصر غير المرئى أو غير المادى للائتمان والذى يسمح بتكاثر لا نهائى للثروات المادية. وبالرغم من ذلك فإنه ينبغى ان يصحب هذه الثقة فى كلام الغير تنظيم قانونى خاص يعمل على تقويتها وإعطائها نطاقها الحقيقى.

ولكن الثقة، كأى شعور خفى، تعتبر كزهرة هشة، أقل نفخة تقضى عليها، ويكون من الصعب عندئذ إحياؤها. وهذا القول يتعلق من وجهة نظر عامة نفسية واجتماعية، بل واقتصادية أيضاً حيث إن نظاماً منشئاً للثروات والسلام لا يمكن أن يتطور إلا فى مناخ من الثقة التى ينبغى أن تسود بين المتعاقدين، وإلا الفوضى والانهيار، وبفضل الائتمان يمكن أن ينطلق الكل ويأمل ويعمل.

الائتمان يرتكز على العقد والزمن:

لو أننا رجعنا إلى تعريفات الفقهاء للائتمان، بل والاقتصاديين أنفسهم، سوف نجد أن كل التعريفات تدور حول تأجير النقود، أو وضع رأس المال أو القوة الشرائية تحت تصرف الغير. والسؤال البديهى ما هى وسيلة تأجير النقود أو وضع رأس المال أو القوة الشرائية تحت تصرف الغير؟؟ الإجابة كما هو واضح لا تحتاج إلى عناء كبير حيث إن هذه الوسيلة ليست إلا العقد.

علاوة على ذلك فنحن نعلم أنه لا يتصور ائتمان دون أن يكون أداء أحد المتعاقدين قد امتد من حيث الزمان. فالائتمان الحال، ارتباط بالنسبة للمستقبل.

---

(١) نفس المرجع ص ٢٥.

ولذلك نجد هناك تلازماً حتمياً بين الائتمان والمخاطر. لا إئتمان بدون خطر، فمن يأتمن يتعرض لخطر عدم السداد.

والسؤال الآن، كيف يمكن أن نقلل من هذه المخاطر؟ واضح أنه لا سبيل إلا بالالتجاء إلى التأمينات العينية أو الشخصية أو غيرها من وسائل الضمان، أى بالالتجاء أيضاً إلى العقد. فالتأمينات تضمن التنفيذ المستقبل للالتزام. فالتأمينات ارتباط مستقبل، فالإغراء الذى يقدمه الائتمان الحال للمدين يجعله لا يدرك هذه الحقيقة. ففى مقابل إعطائه مبلغ القرض، أو منحه الأجل، وهى مزايا حالة، يأخذ على عاتقه التزاماً دون أن يدخل فى اعتباره السريان المستقبل لهذا الالتزام. ولهذا السبب نجد أن القوانين تعتبر إبرام عقود التأمينات العينية من التصرفات الخطرة، تشترط فيها أهلية التصرف، وتحيطها ببعض الشكليات. وإذا كانت الكفالة، باعتبارها من التأمينات الشخصية، لا تخضع لهذه القاعدة إلا أنها على أى حال تحتاج إلى حماية خاصة. علاوة على ذلك فإن وسائل الضمان الأخرى غير التأمينات العينية والشخصية لا يمكن توفيرها إلا بشروط عقدية أو بآليات عقدية معينة. فالائتمان مرتبط فى جميع الأحوال بالعقد.

نخلص من كل ما تقدم إلى أنه إذا كان الائتمان يرتكز من الناحية الأخلاقية على الثقة التى تتحقق وفقاً لعوامل اقتصادية وقانونية، أو بمعنى آخر تتحدد بشخص المدين ذاته، فإنه من وجهة نظر قانونية يرتكز على العقد ذاته. ففكرة الائتمان من الناحية القانونية تقترن دائماً بفكرة العقد. فالائتمان فكرة لا تظهر إلا بمناسبة عقد معين، وفى داخل نطاق العقد فقط، كما أنه لا سبيل لضمان الائتمان إلا بإنشاء رابطة عقدية أو بإضافة شرط أو آليات معينة إلى العقد المتضمن ائتماناً.

وفى النهاية يمكن أن نضع تعريفاً وظيفياً للائتمان، ليس القصد منه الحسم والتحديد بقدر ما هو الإيضاح والبيان. فالائتمان "هو الثقة التى

بمقتضاها يرتضى أحد طرفى العقد إعطاء المتعاقد الآخر، سواء حالاً أو بعد وقت محدد، أداءً معيناً، على شكل رؤوس أموال نقدية أو شكل آخر، لمساعدته أو السماح لـه بتحقيق نفع معين خلال مدة معينة، وتزداد هذه الثقة وتتعزز كلما اقترنت بضمان خاص يضمن استرداد هذا الأداء والمقابل الملائم لمنحه"[1]
وهذا التعريف يتميز بأنه:

أولاً: يكشف عن جوهر الائتمان وهى الثقة.

ثانياً: يبين ارتباط الائتمان بالعقد سواء فى مرحلة الانشاء أو فى مرحلة التنفيذ.

ثالثاً: يظهر لنا موضوع الائتمان والغرض منه.

رابعاً: يبرز الأجل باعتباره عنصراً مهماً فى الائتمان.

٢ـ فكرة البيع الائتمانى:

عقد البيع يشكل فى النظام الاقتصادى، النقدى، الوسيلة الأساسية للتبادل، فهو أكثر العقود استعمالاً وأكثرها تنوعاً.

ومن حيث التنوع نجد أن البيع قد أضحى وسيلة قانونية محايدة، كغيره من العقود الكبرى التقليدية، فقلما يمكن تمييزه، فى الوقت الحاضر، عن الإيجار عندما يكون محلـه عرضة للتقلبات. كما أنه يصعب فى كثير من الأحيان تمييزه عن الرهن عندما يكون تصرفاً ائتمانياً.

وتنوع عقد البيع يعود فى المقام الأول إلى إدخال المتعاقدين أوصافاً أو قيوداً على التزاماتهما: كإضافة إلزام أحدهما إلى أجل معين أو آجال معينة، أو اشتراطهما التضامن الشخصى عند تعدد الأطراف، أو التضامن العينى عند تعدد الأشياء. كما أنه قد يعود هذا التنوع فى عقد البيع إلى مجرد إضافة شروط

---

(١) نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٢٨.

تعاقدية، كشرط الاحتفاظ بالملكية، أو شرط الاسترداد، أو الشرط المانع من التصرف وغير ذلك من الشروط.

نتيجة لإدخال هذه الأوصاف أو القيود، أو الشروط على عقد البيع قد جعلته يقوم بوظائف أخرى، كإنشاء الائتمان أو ضمانه، غير وظيفته التقليدية، أى مجرد نقل ملكية شئ مقابل ثمن نقدى. ومن هنا نشأت فكرة البيوع الائتمانية. ولنعرض لبعض صور هذه البيوع، فى الفصل الأول نعرض للبيع كوسيلة لإنشاء الائتمان، وفى الفصل الثانى، البيع كوسيلة لضمان الائتمان. ونرى إرجاء دراسة هذه الصور حيث إن دراستها تتجاوز قدرات طلبة السنة الثالثة.



القسم الثانى
آثار عقد البيع

البيع عقد ملزم للجانبين: فهو يرتب آثار في جانب كل من المتعاقدين. التزامات على البائع والتزامات مقابلة على المشترى.

ولتحديد نطاق هذه الالتزامات لابد من الرجوع إلى القصد المشترك للمتعاقدين. وقد يحتاج تحديد هذا النطاق اللجوء إلى تفسير العقد على النحو السابق دراسة في القواعد العامة. كما أننا سنقتصر هنا على دراسة آثار البيع من حيث الموضوع، أى على الالتزامات التى يولدها.

ولندرس أولاً الالتزامات التى تقع على البائع، ثم نعقبها بدراسة الالتزامات التى تقع على المشترى.

الباب الأول

التزامات البائع

- تمهيد وتحديد:

يقع على البائع ثلاث التزامات:

١ - التزام بنقل الملكية.

٢ - والتزام بالتسليم.

٣ - والتزام بالضمان، سواء كان ضمان عدم التعرض أو الاستحقاق، أو ضمان العيوب الخفية ولنعرض لدراسة هذه الالتزامات بالتفصيل.



الفصل الأول

الالتزام بنقل الملكية

ـ طبيعة المبيع وأثره:

سبق أن رأينا أن البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر ... ولذلك فإن المبيع قد يكون نقل حق ملكية شيء، وهذا الشيء قد يكون منقول أو عقار. والمنقول قد يكون معين بالنوع أو قد يكون معين بالذات. كما أن المبيع قد يكون حقاً عينياً آخر متفرعاً من حق الملكية، كحق انتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكر، أو حقاً شخصياً فيسمى البيع عندئذ بحوالة الحق. وأخيراً قد يكون المبيع حقاً معنوياً كحق المؤلف، أو براءة الاختراع أو غير ذلك.

فطبيعة المبيع لها أثر واضح على القواعد المنظمة لنقل الملكية. ولذلك يلزم أن نفرق في هذا الصدد بين نقل الملكية في المنقول، ونقل الملكية في العقار ليتسنى لنا الوقوف على كيفية تنفيذ البائع لالتزامه.

المبحث الأول

نقل الملكية في المنقول

ـ الشيء المعين بالذات والشيء المعين بالنوع:

بالنسبة للشيء المعين بالذات تنتقل الملكية بمجرد تمام العقد وبقوة القانون وبدون حاجة إلى أى إجراء شكلى آخر. والملكية تنتقل من البائع إلى المشترى استقلالاً عن تسليم الشيء، أى يصبح المشترى مالكاً سواء تسلم الشيء أو لم يتسلمه. أما الشيء المعين بالنوع فالملكية لا تنتقل فيه إلا بالإفراز. ولذلك يجب أن نتعرف على كل ذلك تفصيلاً فيما يلى:

المطلب الأول

الشيء المعين بذاته

ونعرض لقاعدة انتقال الملكية عندما يكون الشيء معيناً بالذات وشروطها، ثم نبين أن الملكية تنتقل في هذه الحالة استقلالاً عن التسليم.ولنرَ ذلك بشيء من التفصيل.

أولاً – قاعدة انتقال الملكية بمجرد التعاقد وشروطها:

إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات فإن الملكية تنتقل، إذا توافرت شروط معينة، إلى المشترى فوراً بمجرد تمام العقد (م ٢٠٤، ٩٣٢ مدنى مصرى).

١- **ومقتضى هذه القاعدة أن** الملكية تنتقل في هذه الحالة بمجرد تمام العقد سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير دون حاجة إلى أى إجراء. فالالتزام بإعطاء شيء معين بالذات ينفذ بمجرد نشوئه إذا كان هذا الشيء منقولاً، سواء كان تسليم المبيع ودفع الثمن واجبين وقت التعاقد أيضاً أم مؤجلين إلى أجل لاحق. وعلى ذلك إذا علق تسليم المبيع على دفع الثمن، فلا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية إلى المشترى ما لم يتبين من إرادة الأطراف أن تعليق نقل الملكية ذاته معلق على الوفاء بالثمن.

وعلى ذلك إذا اشترى شخص مولد كهربائى مستعمل فإن ملكيته تنتقل من البائع إلى المشترى بمجرد التعاقد. مقتضى ذلك أن المشترى أصبح مالكاً لهذا المولد ويستطيع التصرف فيه حتى قبل أن يتسلمه من البائع، فإذا باعه إلى مشتر ثان انتقلت ملكيته من المشترى الأول إلى المشترى الثانى بمجرد تمام البيع الثانى، ولو كان المولد لا يزال باقياً في يد البائع الأول. وهذا الأثر يسرى أيضاً بالنسبة للغير. فلو أن البائع الأول باع المولد مرة أخرى لمشتر آخر، فإنه يكون قد باع ما لا يملك لأن ملكية المولد انتقلت إلى المشترى الأول بالبيع

الأول. لكن عمل هذه القاعدة رهين بتوافر عدة شروط، وهذا هو موضوع الفقرة التالية.

ويترتب على انتقال الملكية كافة الآثار المترتبة على ذلك بصفة عامة، فعلاوة على حق المشترى في التصرف في الشيء المعين بالذات بكافة أنواع التصرف فإن للمشترى ثمر المبيع ونماؤه منذ تمام العقد (م ٢/٤٥٨) مدنى مصرى، في مقابل ذلك يتحمل المشترى منذ إبرام العقد الضرائب والتكاليف وسائر الأعباء المترتبة على المبيع، ونفقات حفظه وجنى ثماره، وهذه كلها قواعد مكملة يجوز الاتفاق على خلافها.

في القانون الفرنسى يترتب على إنتقال الملكية إنتقال تبعة الهلاك أيضاً سواء تم تسليم الشيء أو لم يسلم وذلك خلافاً للقانون المصرى الذى ربط تبعة الهلاك بالتسليم على نحو ما سنرى فيما بعد.

٢ـ شروط هذه القاعدة:

ويشترط حتى تنتقل الملكية بمجرد التعاقد عدة شروط، وهى ما يلى:

أ ـ أن يكون الشيء معيناً بذاته، وهذا الشرط تفرضه ماهية الحق العينى ذاتها. فالحق العينى سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين. لذلك لا يتصور أن يكتسب المشترى بمجرد العقد حقاً عينياً ما دام محل الحق غير معين بالذات.

لذلك فإن بيع شيء مستقبل لا ينقل الملكية فور التعاقد لأن هذا الشيء غير معين بذاته بل قابلاً للتعيين فقط. وتنطبق نفس القاعدة حتى لو كان الشيء المستقبل قيمياً بحيث يتعين عند وجوده بالذات، فلو باع شخص لآخر نتاج ماشية معينة قبل أن يولد فلا تنتقل الملكية إلا بعد ولادته حيث يصبح معيناً بالذات وبالتالى يمكن أن تنتقل ملكيته، ويصدق الأمر كذلك بالنسبة لبيع المحاصيل قبل جنيها، حيث تنتقل ملكيتها وقت الحصاد أو الجنى لا وقت العقد. وكذلك الأمر بالنسبة للأشياء تحت التصنيع على النحو السابق بيانه.

بد أن يكون البائع مالكاً للشيء المبيع: وقد كان المشرع المصري واضحاً في هذا الصدد حيث تنص المادة ٢٠٤ مدني على أنه "... إذا كان محل الالتزام معيناً بالذات يملكه الملتزم .." وكذلك المادة ٩٣٢ مدني حيث تؤكد ذلك بقولها "... متى ورد على محل مملوك للمتصرف ...".

جـ – ألا يكون تم الاتفاق على تأخير نقل الملكية: فقاعدة انتقال ملكية الشيء المعين بالذات بمجرد التعاقد قاعدة مكملة يجوز للأطراف الإتفاق على خلافها. وبناء عليه يجوز أن يتفق البائع والمشتري على تأخير نقل ملكية الشيء المعين بالذات إلى وقت لاحق لإبرام العقد. ولذلك يجوز إضافة الالتزام بنقل الحق إلى أجل كما لو بيعت سيارة واتفق على ألا تنتقل ملكيتها إلا بعد شهر.

- تطبيق قاعدة انتقال الملكية بمجرد التعاقد على البيع الجزاف – إحالة:

سبق أن رأينا أنه بالرغم من أن المبيع جزافاً مما يوزن أو يكال أو يقاس أو يعد، إلا أنه لا يحتاج إلى تقدير لذلك يعتبر معيناً بالذات، حتى لو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقديره. فانتقال الملكية في بيع الجزاف يتم بمجرد التعاقد سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير. كما هو الحال بالنسبة للشيء المعين بالذات.

ثانياً – انتقال ملكية المنقول المعين بالذات استقلالاً عن تسليم:

عند توافر الشروط السابقة فإن انتقال ملكية المنقول المعين بالذات يتم بمجرد التعاقد سواء دفع الثمن أو لم يدفع وسواء تم تسليم الشيء للمشتري أو لم يتم. وهذا الأثر يترتب سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير.

وبالرغم من استقلال انتقال ملكية المنقول المعين بالذات عن تسليمه إلا أن تأخير التسليم قد يرتب آثار قانونية غير مرغوب فيها بالنسبة للمشتري. وهذا يحدث عندما لم يكن المشتري قد تسلم الشيء من البائع فيقوم هذا الأخير

ببيعه مرة أخرى إلى شخص آخر حسن النية، أى يجهل سبق بيعه، ويسلمه هذا الشيء. في هذه الحالة يتملك المشترى الثانى الشيء بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية (م ٩٧٦ مدنى) لا بمقتضى العقد لأن هذا العقد ورد على منقول غير مملوك للبائع. فهذا العقد ليس إلا السبب الصحيح المضاف إلى حسن نية المشترى الثانى واللذين سمحا بالتملك بالحيازة. ولذلك فإن الملكية، في هذه الحالة، انتقلت من المشترى الأول، لا من البائع، إلى المشترى الثانى بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول.

كما أن التسليم أو عدم التسليم له تأثير على تبعة الهلاك. فإذا لم يكن المنقول المعين بالذات قد تم تسليمه فإن تبعة هلاكه بقوة قاهرة تقع على البائع لأنه المدين بالتسليم بالرغم من انتقال ملكيته إلى المشترى كما سنرى ذلك فيما بعد.

المطلب الثانى

الشيء المعين بنوعه

وهنا سنعرض لقاعدة ارتباط انتقال الملكية بالإفراز، ثم نقف على جزاء امتناع البائع عن الإفراز.

أولاً – ارتباط انتقال الملكية بالإفراز:

وسنعرض هنا للقاعدة العامة بصدد الأشياء المعينة بنوعها وسنعرض لحالة نقل الملكية في الأشياء المصدرة إلى المشترى.

١- القاعدة: ارتباط انتقال الملكية بالإفراز:

هذه القاعدة مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بماهية الحق العينى بصفة عامة. فلكى يترتب على البيع انتقال الملكية من البائع إلى المشترى فإنه يجب أن يتعين هذا الشيء ويتحدد، لأنه إذا لم يعرف على وجه التحديد ما هو الشيء الذى ينبغى أن تنتقل ملكيته، فإن انتقال الملكية لا يتحقق. هذا لا يقدح في صحة البيع الوارد على شيء معين بنوعه، إذ إن هذا العقد يقوم صحيحاً ولكنه لا يترتب

عليه نقل الملكية بمجرد العقد، فهذا العقد ينشئ على البائع التزاماً بنقل الملكية ويكون المشترى في المقابل صاحب حق شخصي، بنقل الملكية وليس مالكاً، ولا يصير كذلك إلا إذا تم إفراز المبيع. ولهذا يقع على عاتق البائع التزام باتخاذ ما يلزم للإفراز حتى تنتقل الملكية إلى المشترى.

ويقصد بالإفراز تحديد الشيء المبيع بحيث يتميز عن غيره من الأشياء التى من نوعه، فهو عملية يترتب عليها تعيين الشيء بذاته بعد أن كان معيناً بنوعه[1] ويختلف الإفراز بحسب طبيعة المبيع، فقد يتم عن طريق الوزن أو الكيل أو القياس أو العد، وقد يتم بتغليف أو تعبئة المبيع أو وضع علامات المشترى على المبيع أو غير ذلك من الوسائل التى تؤدى إلى تعيين الشيء بذاته. وإذا تم ذلك فإن الملكية تنتقل إلى المشترى ولو لم يحصل تسليم المبيع.

والمألوف في التعامل أن يتم الإفراز في الوقت الذى يجب أن يتم فيه التسليم وفى مكانه، هذا ما لم يتفق على خلاف ذلك. وعادة أيضاً ما يتم الإفراز بحضور كل من البائع والمشترى أو من يمثله، فإن لم يتسنّ ذلك وجب إحاطة المشترى علماً به.

ويترتب على ارتباط انتقال الملكية بالإفراز في الشيء المعين بالنوع أن المشترى يبقى صاحب حق شخصي في نقل الملكية إلى أن يتم الإفراز إذ به وحده يصبح مالكاً. ولذلك إذا أفلس البائع قبل هذا الإفراز اعتبر المشترى دائناً عادياً يخضع لقسمة الغرماء. وعلى العكس من ذلك تماماً إذا ما حدث الإفلاس بعد الإفراز، حتى ولو لم يتسلم المشترى المبيع، فإن لهذا الأخير حق استرداد المبيع باعتباره مالكاً له وبالتالى لا يخضع لمزاحمة باقى دائن البائع المفلس.وهذه قاعدة عامة تنطبق في كل الحالات التى تكون الملكية قد انتقلت فيها إلى المشترى.

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٢ ص ١٠٠.

ويترتب على الإفراز انتقال الملكية إلى المشترى، سواء تسلم المبيع أو لم يتسلمه. وبالنسبة لتبعة الهلاك فهى مرتبطة في القانون المصرى بالتسليم.

٢- انتقال الملكية في حالة المبيع الواجب التصدير للمشترى:

تنص المادة ٩٤ من التقنين التجارى الجديد على أن "١- إذا قام البائع بناء على طلب المشترى بإرسال المبيع إلى غير المكان المعين لتسليمه، كانت تبعة الهلاك على المشترى من وقت تسليم المبيع إلى من يتولى نقله، إلا إذا اتفق أو نص القانون على غير ذلك" "٢- المصاريف التى يقتضيها تسليم المبيع في غير المكان المعين لتنفيذ البيع تكون على المشترى إلا إذا اتفق أو نص القانون على غير ذلك"٣- إذا خالف البائع دون ضرورة ملجئة تعليمات المشترى بشأن النقل كان مسئولاً عما يلحق المبيع من ضرر بسبب هذه المخالفة".

كان نص المادة ٩٤ من التقنين التجارى السابق يربط تبعة الهلاك بالملكية على خلاف القاعدة العامة في العقود الملزمة للجانبين الناقلة للملكية وعلى رأسها البيع والتى تجعل الهلاك على البائع إلى أن يتم التسليم، سواء كان مالكاً أو غير مالك.

أما نص المادة ٩٤ من التقنين التجارى الجديد جعلت تبعة الهلاك على المشترى من وقت تسليم المبيع إلى الناقل إذا كان البائع قام بإرسال المبيع إلى غير المكان المعين لتسليمه بناء على طلب المشترى نفسه ما لم يتفق أو ينص القانون على غير ذلك.

لذلك يجب أن نحدد مكان التسليم لنحدد متى يتحمل المشترى تبعة الهلاك إذا كلف البائع بإرسال المبيع إلى غير هذا المكان. والفيصل في تحديد هذا المكان هو اتفاق المتعاقدين. هذا الاتفاق لا يخرج عن أحد أمرين:

أولاً – أن يتفق المتعاقدان على أن يكون التسليم في محل البائع أو عند الشحن وهو ما يقع عادة في صور النقل الآتية:

١- النقل البرى عند اشتراط التسليم في محطة الشحن (franco gare départ)

٢- النقل البحرى عند اشتراط تسليم السفينة (free on bord, FOB, franco bord)

وفى هذه الحالات تنتقل ملكية البضائع وتبعة الهلاك إلى المشترى بمجرد الشحن وتكون مصروفات النقل عليه. ولذلك يلتزم البائع بشحن البضائع على السفينة التى يعينها المشترى، ويتكفل المشترى بدفع الناولون والتأمين. وإذا خالف البائع دون ضرورة ملجئة تعليمات المشترى بشأن النقل كان مسئولاً عما يلحق المبيع من ضرر بسبب هذه المخالفة.

أما إذا وكل المشترى البائع في اختيار السفينة وفى التأمين على البضائع توفيراً لأجر الوسيط، فإن الثمن في هذه الحالة يتضمن المصاريف والناولون والتأمين ويسمى بالبيع CIF (cost –insurance – freight) بالفرنسية يسمى CAF (Coût – assurance – frêt) وفى هذه الحالة البائع موكول إليه اختيار السفينة لذلك لا يمكن أن يتحقق التسليم فرز المبيع بالنسبة للمشترى إلا إذا أرسل البائع إليه البيانات الدالة على ذلك، كاسم السفينة والعلامات أو الأرقام التى تحملها البضائع وغير ذلك وفى هذه الحالة تكون تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع. أما إذا تم التسليم للمشترى ولكن طلب من البائع إرسال المبيع إليه كانت تبعة الهلاك على المشترى من وقت تسليم المبيع إلى الناقل ويتحمل المشترى المصاريف التى يقتضيها ذلك بشرط أن يلتزم البائع بتعليمات المشترى بشأن النقل وإلا كان مسئولاً عن الضرر الذى يلحق المبيع عند مخالفة هذه التعليمات دون ضرورة ملجئة.

ثانياً: قد يتفق المتعاقدان على أن يكون التسليم في مكان التفريغ، وهذا يقع عندما يشترط التسليم ميناء الوصول (vente sur embarquement) في هذه الحالة تبقى البضائع ملكاً للبائع، وعليه تبعة الهلاك أثناء الطريق، وعليه

مصروفات النقل، ولا يتعين المبيع ولا تنتقل الملكية إلى المشترى وبالتالى تبعة الـهلاك إلا إذا وصلت البضاعة سليمة إلى مكان التفريغ أو التوريد، أى المكان المعين للتسليم.

- فإذا لم يتفق المتعاقدان متى يتم التسليم وجب الأخذ بحكم المادة ٤٣٦ مدنى والتى تنص على أنه "إذا وجب تصدير المبيع إلى المشترى، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك". وكذلك المادة ٩٤ من القانون التجارى الجديد عند تحقق الفرض الذى تنظمه.

وهذا يعنى أن الأصل هو أن يكون التسليم في مكان التفريغ أو التوريد ما لم يتفق على خلافه. بناء عليه فإن الـهلاك أثناء الطريق يكون على البائع لا على المشترى.كل هذا مع مراعاة ما يقضى به عرف التجارة[1]. والنصوص المنظمة لذلك.

والأحكام السابقة خاصة بالأشياء المعينة بالنوع، بضائع، أما إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات، انتقلت ملكيته من وقت العقد، ولكن التسليم لا يتم إلا في مكان التفريغ، فتكون تبعة الـهلاك قبل التسليم على البائع لا على المالك(المشترى) وذلك طبقاً لأحكام القانون المدنى[2].

- **وفى عقود البيع الدولية للبضائع** نجد اتفاقية فينا فى ١١ إبريل ١٩٨٠ قد ربطت تحمل التبعة بالتسليم إلى المشترى. بمعنى أن البائع يتحمل التبعة أثناء نقل البضائع وإلى أن يتم التسليم إلى المشترى (م ٦٧/ ١ من الاتفاقية) لكن يشترط لانتقال التبعة إلى المشترى أن يكون هذا الأخير تأكد بوضوح من مطابقة البضائع لما هو متفق عليه بأية وسيلة، كوضع علامة مميزة على البضائع، بواسطة مستندات النقل، أو بإعلان المشترى (م ٦٧/ ٢ من الاتفاقية).

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٢٤٨ ص ٤٣٢، أنور سلطان، فقرة ١٦١ ص ١٨٠، ١٨١ وخاصة هامش ١.

(٢) السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٢٨.

ثانياً: جزاء إمتناع البائع عن الإفراز:

تنص المادة ٢٠٥ مدنى على أنه"إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد إستئذان القاضى أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز لـه أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض".

يتضح من ذلك أن للمشترى أن يطالب بالتنفيذ العينى وذلك بالحصول على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين. وهذا لا يمنع من إمكانية التنفيذ الجبرى بمعاونة السلطة العامة وذلك في حالة ما إذا كان الشيء قد تعين بمقداره من كمية أكبر وذلك بحصول المشترى جبراً على الكمية المعقود عليها بعد إفرازها.

وقد يكتفى المشترى بالتنفيذ بمقابل أى عن طريق التعويض، أى يطالب بقيمة الشيء.

وفى جميع الحالات لـه أن يحصل على تعويض عما أصابه من ضرر نتيجة إمتناع البائع عن الإفراز.

المبحث الثانى

نقل الملكية في العقار

ـ لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل:

إذا كان المبيع عقاراً فإن الملكية، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير، لا تنتقل إلا بالتسجيل[1] وهذا ما أكده المشرع صراحة في المادة ٢٠٤ مدنى مصرى والتى تنص على أن "الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

---

(١) نقض ١٩٦٣/٣/٢٨ مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ٣٩٨، ١٩٦٥/١/٢١، س ١٦ ص ٧٣، ١٩٨٧/٢/١٩ الطعن رقم ٤٥٦ س ٣ د ق.

وقد أكدت المادة ٩٣٢ مدنى هذا المعنى بنصها على أن "تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية: ومن هذه النصوص نص المادة ٩٣٤ مدنى التى تنص على أن "١- في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقارى" "٢- ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التى يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أو غير ناقلة، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر".

ويتضح من كل هذه النصوص أن جميع العقود الناقلة للملكية بعوض أو بدون عوض يخضع للتسجيل طالما أن محلها عقار وعقد البيع من أهم العقود الناقلة للملكية وأكثرها انتشاراً وبالتالى يلزم أن يخضع للتسجيل.

ولما كان التسجيل يتنازعه نظام الشهر العقارى (وهى شخصى) ونظام السجل العقارى (وهو عينى) لذلك فإنه يلزم إعطاء فكرة موجزة عن النظامين وخاصة وأن كل من النظامين مطبقان، ثم نتكلم عن التزام البائع بنقل الملكية وأثره، وأخيراً نعرض لأثر التسجيل.

المطلب الأول
انتقال الملكية بالتسجيل

وهنا سنجد أن البيع يخضع إما للشهر العقارى أو السجل العقارى أو العينى، ولذلك سنلقى نظرة سريعة على كل من النظامين، ثم نبين أن كل من النظامين مطبق في الوقت الحاضر لذلك يجب أن نعرف نطاق كل منهما.

أولاً – تسجيل البيع بين الشهر العقارى والسجل العقارى:

ولنعرض باختصار لكل من النظامين في الفقرات التالية حتى نستطيع أن نقارن بينهما.

١ـ نظام الشهر العقاري:

وهو نظام شهر شخصي إذ يتم التسجيل فيه أو القيد وفقاً لأسماء الأشخاص لا وفقاً للعقار. ولذلك فإن سجلات الشهر العقارى لا تكشف إلا عن الشخص الذى تصرف في العقار دون الكشف عن المركز الحقيقى لهذا العقار. ولنبين ذلك نضرب مثلاً فإذا تصرف شخص في عقار غير مملوك له فيسجل هذا التصرف باسمه، ثم يتصرف المالك الحقيقى في العقار فيسجل التصرف باسم هذا المالك، وعلى ذلك فإن هذه التصرفات لا تظهر على العقار ذاته وإنما توجد في موضعين متباعدين تحت إسمين مختلفين بما يؤدى إلى عدم بيان المركز الحقيقى لهذا العقار بالنسبة للمتعاملين بشأنه. تطبيقاً لذلك إذا تعامل شخص مع المشترى من المالك الحقيقى سيجد أن التصرف الصادر للمشترى من هذا المالك مسجلاً تحت اسم هذا الأخير. فيكون التعامل سليماً. وبالمثل إذا تعامل شخص مع المشترى من غير المالك دون أن يعلم بذلك، سيجد أيضاً التصرف الصادر للمشترى من غير المالك مسجلاً تحت اسم هذا الأخير، فيكون التعامل معيباً بطبيعة الحال. وتكون النتيجة أن هذا النظام لا يحقق الغرض الذى وضع من أجله.

كما أن حجية هذا النظام غير قطعية الثبوت ويرجع ذلك إلى أن التسجيل طبقاً لهذا النظام لا يستلزم التحرى عن صحة التصرفات التى يتم شهرها بحالتها، فإن كانت صحيحة بقيت كذلك، وإن كانت معيبة لسبب من أسباب البطلان أو كانت مزورة بقيت كذلك. فالشهر طبقاً لهذا النظام لا يبطل عقداً صحيحاً، ولا يصحح عقداً باطلاً. لكن وظيفته هو تحقيق العلانية للتصرفات التى أجريت كما هى.

هذا النظام هو السائد في القوانين اللاتينية، كفرنسا، وبلجيكا، وإيطاليا وغيرها. وهذا النظام معمولاً به في مصر ولبنان[1] بالنسبة للعقارات غير

---

(١) انظر المرسوم الاشتراعى رقم ١٢ بتاريخ ٢٨ شباط ١٩٣٠ وانظر في ذلك عفيف شمس الدين، أسباب اكتساب الملكية العقارية ١٩٩٥ ص ٣٧ وما بعدها.

الممسوحة إلى جانب السجل العقارى المعمول به بالنسبة للعقارات الممسوحة. مع ملاحظة أن قانون الشهر العقارى المطبق في مصر حالياً قد يخفف من بعض عيوب هذا النظام[1].

٢ـ نظام السجل العقارى أو العينى:

وهو يرتكز على أن يكون شهر التصرفات وفقاً للعقار ذاته لا وفقاً لأسماء الأشخاص. فيخصص في السجل العقارى صفحة لكل عقار يظهر فيها كل ما يتعلق بالعقار من التصرفات وما ينقله من حقوق مما يسمح بالوقوف على المركز الحقيقى للعقار. فيكفى لأى شخص يريد التعامل في العقار أن يرجع إلى الصفحة الخاصة به ليعرف بدقة المركز الحقيقى للعقار مما يوحى بالثقة والاطمئنان لدى المتعاملين في خصوص هذا العقار.

يترتب على دقة التسجيل، وعلى التحرى عن صحة التصرفات التى تشهر في صفحة العقار وعن كل ما يتعلق بموضوعها وأشخاصها أن يكون لهذا التسجيل حجية قطعية وكاملة في الثبوت. ويكون الأثر المترتب على هذا التسجيل هو انتقال الحق العينى لا مجرد الشهر والعلانية وبالتالى يضفى هذا التسجيل على التصرفات المعينة عنصر الصحة والسلامة.

في المقابل يكون لمن يتضرر من هذه الحجية المطلقة للتسجيل من أصحاب الحقوق الثابتة أن يطالب بالتعويض. بالرغم من كل هذه المزايا الواضحة للسجل العقارى إلا أن يستلزم جهود بالغة ونفقات باهظة لمسح جميع العقارات والأراضى التى تخضع له. كما يستلزم أيضاً تحقيق صحة الحقوق العينية المتعلقة بكل هذه العقارات تمهيداً لإدخالها في السجل العقارى. والعقبة الكؤود في كل ذلك هى تشرذم الملكيات وتفتتها مما يجعل عملية المسح وتحقيق الحقوق العينية أمور بالغة الصعوبة.

---

(١) انظر السنهورى، الوسيط جـ ٤ فقرة ٢٥٠ ص ٤٣٧، فقرة ٢٦٢ ص ٤٦٠ وما بعدها.

وهذا النظام قد أخذ به في مصر بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ والخاص بإنشاء السجل العينى وبدأ بالفعل في تطبيقه في بعض المحافظات وفى بعض المناطق. كما أن هذا النظام مأخوذ به في لبنان منذ زمن طويل بمقتضى القرار رقم ١٨٨ بتاريخ ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ بشأن إنشاء السجل العقارى.

ثانياً – تعاصر النظامين:

بالنظر إلى ما يتطلبه السجل العقارى من مسح جميع الأراضى، وتحقيق صحة الحقوق العينية المتعلقة بكل أرض منها قد أدى ذلك إلى تأخر تطبيق السجل العينى في مصر ولم يصدر القانون الخاص به إلا في عام ١٩٦٤ وقد بدء بالفعل بتطبيقه بالتدريج في بعض المحافظات وفى بعض المناطق فيها منذ زمن ليس ببعيد. وبالمثل نجد أن في لبنان ما زال هناك الأرض غير ممسوحة لا تخضع إلى الآن للسجل العقارى. ولنعرض بإيجاز لذلك.

وقد مر نظام الشهر في مصر بعدة مراحل، المرحلة الأولى قبل صدور التقنين المدنى القديم – التقنين المدنى المختلط في سنة ١٨٧٥ والتقنين المدنى الوطنى في سنة ١٨٨٣ – لم يكن هناك في مصر نظام معروف لشهر الحقوق العينية[١] في المرحلة الثانية، وهى مرحلة الإصلاح القضائى، عند صدور التقنيات السابقة أدخل المشرع المصرى نظاماً لشهر الحقوق العينية اقتبسه من النظام الفرنسى الذى كان أدخل في فرنسا قبل ذلك بقانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ وهو نظام شهر شخصى فيه العيوب السابق بيانها[٢] المرحلة الثالثة: أظهر التطبيق عدم صلاحية نظام الشهر الذى كان قائماً ودعت الحاجة إلى إصدار قانون خاص بالتسجيل في ٢٣ يونيه سنة ١٩٢٣، وهما قانونان يشتملان على نصوص واحدة، أحدهما قانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ ويسرى

---

(١) السنهورى، الوسيط جـ ٤ فقرة ٢٥٢ ص ٤٤٠.
(٢) نفس المرجع فقرة ٢٥٤ ص ٤٤٢.

علـى المحـاكم الوطنـية، والأخـر قـانون رقـم ١٩ لسـنة ١٩٢٣ ويسـرى علـى المحـاكم المختلطة وقد جعل مبدأ سريان قانون التسجيل أول يناير ١٩٢٤ أما المحـررات الثابـتة الـتاريخ قـبل أول يـناير سـنة ١٩٢٤ فتخضـع فـي شـهرها لنصـوص التقنين المدنـى السـابق[١]. المرحلة الرابعة: صـدر قـانون رقـم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ليكون معمولاً به ابتداء من أول يناير ١٩٤٧ وذلك ليعالج العيوب التى تركها قـانون التسـجيل دون علاج في نظام الشهر[٢] وقد أدخل هذا القانون عدة إصلاحات هامة من حيث توحيد جهات الشهر، وضم نظام التسجيل ونظام القيد فـي صـعيد واحد، وفرض إجراءات دقيقة للتحرى عن صحة المحررات وغير ذلـك مـن إصـلاحات هامـة[٣]. وبالـرغم مـن كـل هـذا احـتفظ هـذا الـنظام بالعيبيـن الجوهريين لـنظام الشـهر الشخصـى، فمـا زال الـنظام نظامـاً شخصـياً بحسب الأسماء لا بحسب العقـار، ولا يـزال الشـهر ليست لـه حجية كاملـة في ذاته[٤].

المـرحلة الخامسـة: لمعالجـة هذه العيوب الجوهرية صدر قانون رقم١٤٢ لسنة ١٩٦٤ والخـاص بالسـجل العينـى، وقد تعثر تطبيقه كثيراً لما يستلزمه من مسـح للأراضـى وتحقيق للحقوق العينية المتعلقة بهذه الأراضى وما يتطلبه ذلك من جهود بالغـة ونفقـات باهظـة عـلاوة علـى تشرذم الملكية الزراعية في مصر إلـى ملكيات متناهية في الصغر خاصة بعد قوانين الإصلاح الزراعـى الصـادرة فـي مصـر ١٩٥٢ بالإضافة إلى تطبيق قواعد الميراث. ومع ذلك بدأت الحكومة فـي السنوات الأخيرة اتخـاذ خطـوات جـادة في تطبيق هذا النظام.وبالفعل قد تم تطبيقه فـي بعـض المحافظـات وفـى بعـض المـناطق فيها، علـى أسـاس أن يـتم التطبيق بالتدريج إلى أن يغطى جميع أراضى الجمهورية.

---

(١) نفس المرجع فقرة ٢٥٨ ص ٤٥٠.
(٢) نفس المرجع فقرة ٢٦٢ ص ٤٦٠.
(٣) انظر في تفصيل ذلك السنهورى، الوسيط جـ ٤ فقرة ٢٦٤ ص ٤٧٠ وما بعدها.
(٤) نفس المرجع فقرة ٢٦٥ ص ٤٧٣.

الخلاصة: أصبح في مصر بصدد تسجيل عقد البيع نظامان، نظام الشهر الشخصى، وما زال هو الأصل، والصادر بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦، ونظام السجل العينى، في المناطق التى تم تطبيقه فيها، طبقاً للقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤.

ثالثاً : آثار البيع غير المسجل:

- البيع غير المسجل لا ينقل الملكية لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير. ويترتب على ذلك:

- أن الملكية تبقى على ذمة البائع وتنتقل من بعده إلى ورثته. ولكن الوارث لا يستطيع التعرض للمشترى من مورثه أو يتمسك ضده بعدم تسجيل العقد الصادر له من المورث[1]. وبناء على ذلك لا يعتبر المشترى مالكاً العقار المبيع قبل التسجيل. ولذلك إذا توفى المشترئ قبل التسجيل فإن الملكية لا تنتقل إلى ورثته وإن كان لهم مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية إليهم.

- ويترتب على ما سبق نتيجة في غاية الأهمية وهو أن العقار المبيع يبقى ضمن الضمان العام للبائع وبالتالى يستطيع دائنوا البائع التنفيذ عليه إذا سجلوا تنبيه نزع الملكية قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد[2] أو قبل تسجيل المشترى لعقده بصفة عامة. كما أن البائع يتحمل مخاطر التأميم والاستيلاء إذ ما زال مالكاً للعقار الذى لم يسجل؛ كما أن التسليم لا يغنى عن التسجيل في نقل الملكية[3].

---

(١) نقض ١٩٤١/١/٢٣ الطعن رقم ٤٤ سنة ١٠ق، ويستطيع الوارث التصرف في العقار نقض ١٩٦٦/١١/١ ص ١٧ ص ١٦٠٥، ١٩٧٧/٦/٢٨ س ٢٨ ص ١٥٣٢.

(٢) نقض ١٩٧٤/٤/٣٠ مجموعة أحكام النقض س ٢٥ ص ٧٨٤، ١٩٧٧/٣/١٦ س ٢٨ ص ٦٨١، نقض ١٩٧٩/١/١١ س ٣ ص ١٩٩ ع١، ١٩٨١/١/٢٧ س ٣٢ ص ٣٤٩.

(٣) نقض ١٩٦٨/١٢/٢٧، مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ١٥٦٥، ١٩٧١/٢/١٦ س ٢٢ ص ١١٨.

- إن المشترى بعقد غير مسجل وإن كان يستطيع أن يبيع العقار الذى اشتراه إلا أنه لا يستطيع أن ينقل ملكيته لأن الملكية لم تنتقل إليه من البائع. وإذا تمكن المشترى من تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغماً من أن سند البائع لـه لم يكن قد تم شهره فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشترى مالكاً[1].

- لا يحق للمشترى الذى لم يسجل عقده أن يطالب بالشفعة لأنه ليس مالكاً للعقار الذى يشفع به وقت قيام سبب الشفعة، أى وقت بيع العقار الذى يشفع فيه.

- البيع غير المسجل ينشىء حقوق والتزامات شخصية في جانب كل من المتعاقدين، فيلزم البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع إلى المشترى ويجوز اجباره على تنفيذ هذه الالتزامات. كما أن البائع عليه التزام بضمان عدم التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية، ويلزم المشترى بدفع الثمن وتسلم المبيع. علاوة على ذلك **يرتب البيع غير المسجل آثاراً بوصفه بيعاً، وأهم هذه الآثار ما يلى**:

- البيع غير المسجل يؤخذ فيه بالشفعة. فحق الشفعة ينشأ عن عقد البيع الابتدائى بمجرد تمامه لكل من قام به سبب من أسبابها. فإذا اشترى شخص عقاراً من شخص آخر ولم يسجل المشترى البيع فإن الشفيع يستطيع أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة ولو أن البيع لم يسجل ولكن بشرط أن يكون الشفيع مالكاً للعقار الذى يشفع به[2].

- ويحق لمشترى العقار غير المسجل أن يحيل الحقوق الشخصية الناشئة عن العقد لآخر وفقاً لإجراءات الحوالة. وهذا لا ينفى حقه أيضاً في أن

---

(١) نقض ١٩٧٥/١٠/٢٨ مجموعة أحكام النقض س ٢٦ ص ١٢٥٤، نقض ١٩٨٦/٦/١٥ الطعن رقم ١٥٠٣ سنة ٥٢ ق سعيد شعلة ص ١٣١.

(٢) نقض ١٩٧٣/٢/٢٤ س ٢٤ ص ٣٢٩، ١٩٧٣/٢/٢٤ س ٢٤ ص ٣٢٩.

يتصرف في العقار إلى مشتر ثان بموجب عقد بيع يكون مستقلاً بذاته عن عقد شرائه، يلزم فيه قبول المشترى بكافة التزامات البائع التى يرتبها عقد البيع[1] ويجوز لمشترى العقار بعقد غير مسجل أن يطالب المستأجر بالحقوق الناشئة عن عقد الإيجار ومنها الأجرة إذا ما قام البائع بتحويل العقد إليه وقبل المستأجر هذه الحوالة أو أعلن بها[2].

- للمشترى الحق في استغلال العقار بعقد غير مسجل والانتفاع بثماره من وقت تمام البيع وعليه أيضاً تكاليف المبيع من هذا الوقت ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك (م ٤٥٨/ ٢ مدنى مصرى).

- والبيع غير المسجل لا يحول دون مطالبة المشترى بإبطاله إذا صدر من غير مالك (م ٤٦٦/ ١ مدنى مصرى) حيث تنص على أنه "... يكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل".

- وإذا تسلم المشترى المبيع فإن تبعةَ الهلاك تنتقل من البائع إلى المشترى بالرغم من عدم انتقال الملكية، وذلك لأن تبعة الهلاك مرتبطة بالتسلم لا بالملكية.

المطلب الثانى

التزام البائع بنقل الملكية وأثره

- عقد البيع غير المسجل يرتب حقوق والتزامات شخصية:

يجب أن نؤكد منذ البداية أن عقد البيع غير المسجل، أياً كان نظام التسجيل، يرتب حقوقاً والتزامات شخصية[3] فيستطيع البائع أن يطالب بالثمن، ويستطيع المشترى أن يطلبَ بنقل ملكية العين المبيعة وتسليمها له علاوة على الالتزامات الأخرى كالالتزام بضمان عدم التعرض والاستحقاق

(١) نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ س ١٩ ص ٣٥٧ نقض ١٩٧٩/١/١٠ س ٣٠ ص ١٦١ ع١.
(٢) نقض ١٩٧٨/١١/٨ س ٢٩ ص ١٦٥.
(٣) نقض ١٩٦٨/١٢/١٣ مجموعة أحكام النقض ش ١٩ ص ٢٧١.

وضمان العيوب الخفية. كما سوف نرى فيما بعد - علاوة على ذلك يقع على عاتق كل من الطرفين في البيع العقارى التزاماً بالقيام بما يلزم من أعمال وإجراءات لإتمام التسجيل. على النحو الذى سوف نراه ولذلك نجد نص المادة ٩ من قانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المتعلق بتنظيم الشهر العقارى تنص على أن "١- جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية""٢- ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة لغيرهم" "٣- ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن".

وقد أكد قانون ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ الخاص بنظام السجل العينى ذلك في نص المادة ٢٦ منه والتى تنص على أن "جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله يجب قيدها في السجل العينى، ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة لغيرهم".

بعد هذا العرض نقتصر على بيان محل الالتزام، وأثر هذا الالتزام.

أولاً: محل الالتزام:

بينا فيما سبق أن عقد البيع غير المسجل، وإن كان لا ينقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير، فهو يولد حقوق والتزامات شخصية على عاتق كل من الطرفين(١). ويقصد بهذه الالتزامات، التزام البائع بنقل

---
(١) نقض ١٩٤١/١/٢٣ الطعن رقم ٤٤ سنة ١٠ق، سعيد شعلة، ص ١١١.
نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ٣٥٧.

الملكية إلى المشترى، كما يلتزم بالتسليم والضمان، في مقابل التزام المشترى بدفع الثمن وتسلم المبيع. ولا يجوز لأيهما أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلا وفقاً للقواعد العامة وهذا ما سيكون محل دراسة على مدار هذا القسم.

والذى نود التركيز عليه هنا هو أن التزام البائع بنقل الملكية يقتضى منه أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشترى وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً (م ٤٢٨ مدنى) [1].

ودون الخوض في إجراءات التسجيل وتعقيداتها نكتفى هنا بالقول أنه إذا كان المشترى هو الذى يقع على عاتقه القيام بإجراءات التسجيل إلا أن هناك من بين هذه الإجراءات ما لا يتم إلا بتدخل من جانب البائع. لذلك يجب على البائع ابتداء ألا يتصرف في العقار المبيع مرة أخرى لأن مثل هذا التصرف لو سجل ـ انتقلت الملكية إلى المتصرف إليه سيؤدى إلى عدم إمكان تسجيل البيع الأول[2] كما أنه على البائع أن يقوم بكل ما يلزمّ من التصديق على إمضائه أو ختمه أمام الموظف المختص بذلك عندما يكون البيع محرراً على إحدى نماذج التسجيل، أو يقوم مع المشترى بتحرير هذا النموذج ثم التصديق على إمضائه إذا كان البيع محرراً على ورقة عرفية فقط. علاوة على التزام البائع بتقديم كافة الشهادات والأوراق اللازمة لإجراء التسجيل وبصفة خاصة المستندات المثبتة لملكيته، وإذا كان وارثاً للعقار المبيع فعليه أن يقوم بشهر حق الإرث حتى يمكن تسجيل التصرفات المتعلقة بأموال التركة.

ثانياً – أثر الالتزام:

إذا كان الغالب المألوف أن يقوم البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية بالكيفية السابق بيانها، فإن الملكية تنتقل إلى المشترى على النحو الذى سوف

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٨ ص ١٠٦، ١٠٧.
(٢) نقض ١٩٦٩/٦/٥ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ٨٨٦.

نراه عند دراسة آثار التسجيل. لكن من المتصور ألا يقوم البائع بتنفيذ هذا الالتزام، فماذا يكون موقف المشترى في هذه الحالة؟

بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن للمشترى أن يطالب بالتنفيذ العينى إذا توافرت شروطه، كما له، باعتبار البيع عقداً ملزماً للجانبين، أن يطلب فسخ البيع مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى.

إذا اختار المشترى طريق التنفيذ العينى وكانت شروطه متوافرة فإنه يتم جبراً عن البائع. وللوصول إلى التنفيذ العينى الجبرى يستطيع المشترى أن يلج أحد طريقين، إما دعوى صحة التعاقد، وإما دعوى صحة التوقيع، مع اختلاف كل من الدعويين من حيث الطبيعة والمدى وإن اشتركت معاً في الغاية.

١ـ دعوى صحة التعاقد:

أ – الغاية منها ووضع ضوابط إستعمالها:

هذه الدعوى هى وسيلة المشترى لإدراك التنفيذ العينى الجبرى دون تدخل من جانب البائع[1] وذلك عندما يمتنع هذا الأخير عن تنفيذ التزامه بالقيام بما هو ضرورى لنقل الملكية إلى المشترى. ويتسنى للمشترى ذلك بحصوله على حكم في هذه الدعوى، يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية[2] من وقت التسجيل[3]. وتعتبر هذه الدعوى تطبيقاً لنص المادة ٢١٠ مدنى مصرى

---

(١) نقض ١٩٨٠/١/٣١ مجموعة أحكام النقض ٣١ ص ٣٦٦ حيث قررت المحكمة أن "دعوى صحة التعاقد يقصد بها رافعها المشترى إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشترى، تنفيذاً عينياً .."

(٢) نقض ١٩٨١/١٢/١٠ مجموعة أحكام النقض، س ٣٢ ص ٢٢٥٦ حيث قررت المحكمة أن "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المقصود بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشترى تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام العقد في نقل الملكية ..."

(٣) نقض ١٩٧٨/٦/٢٧ س ٩ ص ١٥٧٠، ١٩٨٢/٥/٢٤ س ٢٣ ص ٥٩٠.

والتى تنص على أنه "في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام".

وقد كثر في العمل الالتجاء إلى هذه الدعوى لدرجة أنها أصبحت تمثل نسبة كبيرة من الدعاوى المطروحة أمام المحاكم. وقد كان ذلك راجعاً إلى إساءة استخدام هذه الدعوى وذلك باخراجها عن وظيفتها الأصلية كما حددها لها المشرع.

ولذلك قد اضطر المشرع أن يتدخل مؤخراً ليصدر تشريعاً[1] ليضع ضوابط معينة للالتجاء إلى هذه الدعوى.

فقد نصت المادة ٦٥/ ٤ مرافعات بعد تعديلها على أنه "لا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشهرت صحيفتها" ليس هذا فحسب بل نصت المادة ١٠٣/ ٣ مرافعات بعد تعديلها على أنه "إذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية فلا يحكم بالحاق ما اتفقوا عليه كتابة أو شفاهة بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه الاتفاق" أكثر من ذلك نصت المادة ١٢٦ مكرر مرافعات مضافة بهذا التشريع على أن "لا يقبل الطلب العارض أو طلب التدخل إذا كان محله صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا تم شهر صحيفة هذا الطلب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه".

وللتأكد من جدية رفع دعوى صحة التعاقد تطلب المشرع أن تسدد ربع رسوم التسجيل عند رفع الدعوى وشهرها، فإذا ما حكم بصحة العقد ونفاذه وأريد تسجيل الحكم يقوم المشترى بتكملة الرسوم، وإذا لم يمض في التسجيل فإنه يسترد ما تم دفعه على ذمة رسوم التسجيل. علاوة على ذلك فرض المشرع

(١) انظر قانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١.

رسوم نسبية لرفع الدعوى ذاتها يختلف تقديرها بحسب الأحوال[1] كل هذا أدى في النهاية إلى الحد من الالتجاء إلى دعوى صحة التعاقد إلى حد كبير.

- ودعوى صحة التعاقد تعتبر دعوى شخصية عقارية[2]، فهى شخصية لأن المدعى يستند فيها إلى حقه الشخصى المتولد عن عقد البيع غير المسجل لأنه لم يصبح بعد صاحب حق عينى. وهى دعوى عقارية لأن الغرض منها الوصول إلى كسب حق عقارى.

وهذه الدعوى يرفعها المشترى أو ورثته على البائع أو ورثته[3]. كما يجوز أن يرفعها دائن المشترى عن طريق الدعوى غير المباشرة إذا توافرت شروطها (م ٢٣٥ مدنى مصرى).

ويجوز للبائع رفع دعوى صحة التعاقد إذا كان له مصلحة في ذلك[4].

ب- المحكمة المختصة بدعوى صحة التعاقد وتقادمها:

والمحكمة المختصة بنظر الدعوى إما المحكمة التى يقع في دائرتها العقار، وإما المحكمة التى يقع في دائرتها موطن المدعى عليه. ويتحدد الاختصاص القيمى طبقاً للقواعد العامة، حيث تقدر قيمة الدعوى بقيمة العقار المتعاقد عليه طبقاً لنص المادة ٣٧ من قانون المرافعات.

- وتتقادم دعوى صحة التعاقد بخمس عشرة سنة من وقت صدور البيع، حيث إن المدعى يطالب فيها بحق شخصى ولذلك فهى تتقادم بتقادم هذا الحق[5]. ومع ذلك إذا كان المشترى قد تسلم العقار المبيع عند البيع، فإنه في

---

(١) يحسب ما إذا انتهى الحكم فيها بناء على صلح من أول جلسة أم لا.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ ص ١٠٨، السنهورى، الوسيط، جـ فقرة ٢٧٤ ص ٤٩٠ هامش ٢.

(٣) نقض ١٩٤١/١/٢٣ السابق الإشارة إليه، نقض ١٩٦٨/٢/١٣ مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ٢٧١.

(٤) نقض ١٩٧٦/٢/٢٦ مجموعة أحكام النقض، س ٢٧ ص ٥١٢.

(٥) السنهورى، الوسيط جـ ٤ فقرة ٢٧٤ ص ٤٩٥.

الوقت الذى تكون دعواه قد سقطت بالتقادم، يكون هو قد اكتسب ملكية المبيع بسبب آخر غير العقد وهو التقادم المكسب بالمدة الطويلة وهى خمس عشرة سنة. أما إذا كان المشترى قد تسلم المبيع بعد إبرام البيع بفترة من الزمن فإن تسلمه للمبيع يقطع تقادم دعوى صحة العقد[١] وتبدأ مدة جديدة قدرها خمس عشرة سنة أخرى. أى أنه في جميع الأحوال التى يتسلم فيها المشترى العقار المبيع قبل مرور خمس عشرة سنة على إبرام البيع لا يوجد ما يعرض حقوقه للخطر لأنه إما أن يرفع دعوى صحة العقد ونفاذه قبل تقادمها أو إذا تقادمت هذه الدعوى فإنه يكون قد اكتسب ملكية العقار المبيع بالتقادم هو أيضاً[٢].

وترى محكمة النقض أن الدفع بسقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم لرفعها بعد أكثر من خمس عشرة سنة من تاريخ صدور هذا العقد يعد من قبيل المنازعة الممتنعة قانوناً على البائع وورثته بمقتضى التزام البائع بالضمان[٣].

جـ - شروط إستعمالها وسلطة المحكمة إزاءها:

- ولما كانت دعوى صحة التعاقد وسيلة المشترى لإدراك التنفيذ العينى دون تدخل من جانب البائع، لذلك يجب أن يكون هذا التنفيذ العينى ممكناً. ولذلك لا محل لهذه الدعوى إذا كان تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية جبراً غير ممكن. كما لو كان البائع قد تصرف في العقار وسجل المتصرف إليه عقده فانتقلت إليه الملكية[٤]، أو كان سند ملكية البائع غير مسجل[٥]، أو لورود البيع على شيء

---

(١) السنهورى، فقرة ٢٧٤ ص ٤٩٥ هامش ١.

(٢) سمير تناغو، فقرة ٤٣ ص ١٩١، ١٩٢.

(٣) نقض ١٩٥٤/٣/٤ الطعن رقم ٦٤ لسنة ٢١ ق، سعيد شعلة ص ٢٥٥، نقض ١٩٦٣/٣/٢١ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٤ ص ٣٥٥، ١٩٦٣/٣/٢٨، س ١٤ ص ٣٩٨، ١٩٦٦/١/١٣ س ١٧ ص ١٢٣، نقض ١٩٦٩/١/١٦ س ٢٠ ص ١٢٨، ١٩٧٠/٤/١٦ س ٢١ ص ٦٥٨، ١٩٨٠/٦/١٠ س ٣١ ص ١٧٢٦، ١٩٨٨/٥/٢٤ س الطعن رقم ٥٤٢ سنة ٥٤ ق سعيد شعلة ص ٢٦٧.

(٤) نقض ١٩٦٩/٦/٥ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ٨٨٦، ١٩٨٠/١/٣١ س ٣١ ص ٣٦٦.

(٥) نقض ١٩٦٦/٥/١٩ مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ١١٩٦، ١٩٧٥/١١/٢٤ س ٢٦ ص ١٤٦٥، ١٩٧٦/١٢/٢١ س ٢٧ ص ١٨٠١ وفى هذا الحكم أقام البائع دعوى ضد البائع له بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له وقضى فيها بإلحاق عقد الصلح=

غير قابل للتعامل فيه[1]، أو إذا استحال تنفيذه بسبب أجنبى لا يد للبائع فيه[2] أو لم يحصل على التصديق اللازم في بيع أملاك الدولة الخاصة[3].

كما أن المحكمة لا تستطيع البت في أمر صحة العقد ونفاذه سواء باعتباره بيعاً أو باعتباره وصية إلا بعد تكييفه إذ يتوقف على هذا التكييف معرفة الأحكام القانونية التى تطبق عليه من حيث الصحة، والنفاذ. ولا يجوز للمحكمة حتى بفرض أن التركة تتسع لنفاذ التصرف في الحالين أن تقضى بنفاذه قبل أن تبت في أمر تكييفه وهل هو بيع أو وصية[4].

- موضوع الدعوى الأصلى هو المطالبة بتنفيذ التزام البائع بنقل الملكية، ولما كان التنفيذ العينى لهذا الالتزام يقتضى التحقق من وجود الالتزام وذلك عن طريق التأكد من صحة البيع نفسه. ولذلك فإن دعوى صحة ونفاذ العقد دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه، ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه أو بصحته أو بطلانه[5].

فدعوى صحة العقد ونفاذه تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام مقام العقد المسجل في نقل

=المبرم بين البائع والبائع له بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله في قوة السند التنفيذى، ١٩٨٠/١/٣١ س ٣١ ص ٣٦٦، ١٩٨١/٤/١٤ ٣٢ ص ١١٢٢، ١٩٨٨/٣/١٦ الطعن رقم ١٢٠٠ س ٥٣ ق.

(١) نقض ١٩٦٨/١١/٢ مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ١٣٩٨.

(٢) نقض ١٩٨٢/١٢/٢ مجموعة أحكام النقض س ٣٣ ص ١١٠٤.

(٣) نقض ١٩٨٧/٤/٩ الطعن رقم ٦٥٠ س ٥٣ ق، حيث قضت المحكمة بأن "بيع أملاك الدولة الخاصة عدم تمامه إلا بالتصديق عليه ممن يملكه" القرار الجمهورى رقم ٥٤٩ سنة ١٩٧٦ قضاء الحكم بصحة ونفاذ هذا البيع دون التحقق من صدور هذا التصديق خطأ وقصور.

(٤) نقض ١٩٦٩/٢/٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ٢٢، نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٥ ص ٧٦١.

(٥) نقض ١٩٦٦/٣/١ مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ٤٨٦، ١٩٧٠/٢/٢٦ س ٢١ ص ٣٦٨.

الملكية. وهذا يقتضى أن يفصل القاضى في أمر صحة البيع ويتحقق من استيفائه للشروط اللازمة لانعقاده وصحته. ولذلك فإن تلك الدعوى تتسع لأن يثار فيها كل أسباب بطلان العقد إذ من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد. وعلى ذلك فإنه إذا فات الخصم إبداء سبب من هذه الأسباب كان في استطاعته إبداؤه في تلك الدعوى ثم حكم بصحة العقد ونفاذه فإن هذا الحكم يكون مانعاً لـهذا الخصم من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد استناداً إلى هذا السبب. ولا يصح قياس هذه الحالة على صورة رفع دعوى بطلب بطلان عقد لسبب من أسباب البطلان إذ في هذه الصورة تنحصر وظيفة المحكمة في بحث هذا السبب وحده فترفضه أو تقبله وهى حين تنتهى إلى رفضه يقتصر قضاؤها على هذا الرفض ولا يتعدى ذلك إلى القضاء بصحة العقد ومن ثم فإن حكمها برفض هذا السبب لا يمنع الخصوم من رفع دعوى جديدة بطلب بطلان ذات العقد لسبب آخر من أسباب البطلان أما في دعوى صحة ونفاذ العقد فالأمر مختلف إذ المحكمة لا تقف عند رفض أسباب البطلان التى توجه إلى العقد بل إنها تجاوز ذلك إلى البحث في صحة العقد ولا تقضى بصحته ونفاذه إلا إذا تحقق لـها من الأوراق المقدمة إليها أن التصرف الذى يتناوله العقد صحيح نافذ[1].

والقضاء بصحة العقد يتضمن حتماً أنه غير صورى وصحيح ومن شأنه نقل الملكية[2].

وهذه الدعوى تتسع لبحث ذاتية الشيء المبيع الذى هو ركن من أركان البيع ويجب على المحكمة أن تتحقق من موقعه ومساحته وتعيين حدوده وأوصافه تعييناً مانعاً للجهالة قبل الحكم بانعقاد البيع[3] كما أنها تتسع لبحث قابلية المبيع للتعامل فيه[4].

---

(١) نقض ١٩٦٦/٤/٢١ مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ٨٩٩.
(٢) نقض ١٩٦٦/٣/١ السابق الإشارة إليه، نقض ١٩٧٣/٤/١٢ س ٢٤ ص ٥٩٦.
(٣) نقض ١٩٧٢/٤/٢٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ ص ٧٨١.
(٤) نقض ١٩٨٠/٤/٢٤ مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ١١٩٣.

التدخل في دعوى صحة التعاقد بطلب رفض الدعوى لبطلان عقد البيع يعد تدخلاً اختصامياً يطلب فيه المتدخل لنفسه حقاً ذاتياً مرتبطاً بالدعوى الأصلية ويتعين على المحكمة ألا تقضى بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل في طلب التدخل رفضاً أو قبولاً[1].

على أنه لا تناقض في قضاء الحكم بصحة ونفاذ العقد عن – جزء من الأطيان المبيعة – وإبطاله فيما زاد عن ذلك عملاً بالمادة ١٤٣ مدنى ومقتضاها أنه إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذى يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلاً[2].

- علاوة على ذلك يجب أن يتحقق القاضى من أن التزام البائع نافذ، وألا يكون امتناع البائع عن التنفيذ مشروعاً.

وعلى ذلك إذا كان التزام البائع بنقل الملكية مضافاً إلى أجل أو معلقاً على شرط فلا يجوز في هذه الحالة الحكم بالتنفيذ العينى الجبرى طالما أن الأجل لم يحل أو لم يتحقق الشرط.

وإذا دفع البائع الدعوى بأن المشترى لم يدفع الثمن وطلب الفسخ وحكمت المحكمة به فإن لها أن ترفض الدعوى. لكن الحكم نهائياً بصحة العقد دون فصل في أمر الباقى من الثمن لا يمنع البائع من المطالبة به أو طلب فسخ العقد بدعوى جديدة لاختلاف دعوى صحة العقد عن دعوى الفسخ سبباً وموضوعاً[3]. لكن إذا أقيمت الدعوى بفسخ عقد البيع لتخلف المشترى عن دفع الثمن وقضى نهائياً برفضها في الاستئناف الذى بت في أمر الباقى من الثمن ورفض طلب الفسخ لوفاء المطعون ضده به فإن هذا القضاء يحوز قوة الأمر المقضى في شأن طلب الفسخ ويمنع الخصوم أنفسهم من التنازع في هذه المسألة في دعوى صحة التعاقد ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها في

---

(١) نقض ١٩٧٥/٢/١٢ س ٢٦ ص ٣٦٤.
(٢) نقض ١٩٧٦/٦/٢١ مجموعة أحكام النقض س ٢٧ ص ٢٥٧.
(٣) نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ٣٦٤.

الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها ويتعين على محكمة الاستئناف أن تتقيد في قضائها بين الخصوم أنفسهم في شأن تلك المسألة التى قضى فيها الحكم الأول ولا يغير من ذلك اختلاف الطلبات في الدعويين وكونها في الدعوى الماثلة صحة التعاقد ونفاذه وفى الأولى فسخ العقد[1].

وإذا لم يطلب البائع الفسخ واكتفى بالدفع بعدم التنفيذ لأن المشترى لم يدفع الثمن فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بالتنفيذ لأن امتناع البائع كان مشروعاً ولا يجوز أن يطلب إجباره على تنفيذ التزاماته التى من شأنها نقل الملكية عن طريق دعوى صحة التعاقد[2] لكن لا يجوز لغير البائع أن يدفع دعوى صحة التعاقد بتخلف المشترى عن الوفاء بالتزامه بدفع الثمن لأن هذا الدفع هو بذاته الدفع بعدم التنفيذ ولا يقبل إلا من المتعاقد الآخر[3].

د ـ تكييف محكمة النقض لدعوى صحة التعاقد وأثره:

ـ وتجرى محكمة النقض على أن دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى استحقاق مآلاً للقدر المبيع، يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشترى تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم مقام

---

(١) نقض ١٩٧٨/١٢/٢٧ مجموعة أحكام النقض س ٢٩ ص ٢٠٤٠.

(٢) نقض ١٩٦٧/٣/٣٠ مجموعة أحكام النقض س ١٨ ص ٧٤٣.

(٣) نقض ١٩٦٧/١٢/٢٨ مجموعة أحكام النقض س ١٨ ص ١٩٣٢ وقضت المحكمة بأنه "إذا كان البائع لم يطعن فيما قضى به الحكم المطعون فيه من اعتبار العرض والإيداع الحاصلين من المشترى صحيحين وما رتبه على ذلك من اعتبار الإيداع مبرئاً لذمة المشترى من الثمن، فإنه لا يقبل من الطاعن – وهو مشتر ثان – الطعن على الحكم المطعون فيه في هذا الخصوص ما دام البائع قد ارتضاه ولم يطعن فيه"، نقض ١٩٧٨/١٢/٢٧ س ٢٩ ص ٢٠٤٠ إذا خسر المشترى دعواه بصحة ونفاذ عقد البيع لأنه لم يكن قد أوفى بباقى الثمن، ثم استأنف الحكم بعد وفاءه بالثمن وحكمت له محكمة الاستئناف بصحة العقد ونفاذه. ترى محكمة النقض أنه في هذه الحالة كان على محكمة الاستئناف أن تلزمه بالمصروفات عملاً بالمادة ١٨٥ مرافعات لأنه وإن كان محكوماً له في الدعوى إلا أنه كان قد رفعها على أساس غير سليم لعدم وفائه بباقى الثمن قبل رفعها فتسبب في إنفاق مصاريف لا فائدة منها".

تسجيل العقد في نقل الملكية **ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه**(١).

وعلى ذلك فإن تمسك طالب التدخل في دعوى صحة التعاقد بأنه هو المالك للأطيان المبيعة يعد تدخلاً اختصامياً يطلب فيه المتدخل حقاً ذاتياً لنفسه، ويوجب على المحكمة المنظورة أمامها الدعوى قبول تدخله باعتباره مرتبطاً بالدعوى الأصلية. ويتعين عليها ألا تحكم بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل في موضوع طلبهم، وذلك باعتبار أن البحث هو مما يدخل في صميم الدعوى المطروحة عليها، وعلى اساس أن الحكم الذى تصدره المحكمة بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بشأنه بمحضر الجلسة، يتوقف على التحقق من عدم سلامة ادعاء المتدخل(٢) ولا يجوز للبائع الادعاء بكسب الملكية بالتقادم إلا بعد أن تكون الملكية انتقلت منه إلى المشترى فعلاً وليس قبل ذلك(٣).

لكن إذا كانت دعوى صحة التعاقد تتسع لبحث ما عسى أن يثار فيها من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع **باعتبارها دعوى استحقاق مآلاً إلا أن الحكم الصادر فيها لا يحوز حجيه بشأن الملكية ما لم تكن الملكية قد أثيرت وبحثها الحكم الصادر بصحة البيع**(٤).

- إذا كان من المقرر أن للبائعين وخلفهم أن يتمسكوا بوضع يدهم المدة الطويلة المكسبة - متى توافرت لهم شروطه - في مواجهة من يدعى حقاً

---

(١) نقض ١٩٦٧/١/٣١ مجموعة أحكام النقض س ١٨ ص ٢٨١، ١٩٧٤/١٠/١٥ س ٢٥ ص ١١٣٥، ١٩٧٥/٢/٢٥ س ٢٦ ص ٤٧٨، ١٩٧٩/١١/١٥ س ٣٠ ص ٣٧ ع ٣، نقض ١٩٧٥/١١/٧ الطعن رقم ١٧٠٢ سنة ٥٢ ق. وكان البائع لا يملك إلا جزء من المبيع فامتنع على المحكمة إجابة المشترى والبائع إلى طلبهما بإلحاق عقد الصلح المبرم بينهما عن كامل القدر المبيع لوروده في شق منه على بيع ملك الغير ولا يجاب المشترى إلى طلب صحة عقده إلا بالنسبة للقدر الذى ثبت أنه مملوك للبائع له لقاء ما يعادله من الثمن المتفق عليه.

(٢) نقض ١٩٧٠/٢/٣ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢١ ص ٢٢١.

(٣) نقض ١٩٨٥/١/٢٤ الطعن رقم ١٢٩٦ سنة ٥١ ق.

(٤) نقض ١٩٨١/٢/١٠ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٣٢ ص ٤٦٢.

يعارضـهم أيـاً كان سنده وهو ما يجعل بالتالى لخلفهم المشترى - مصلحة محققة في رفع الدعوى بصحة ونفاذ عقد مشتراه ليكون الحكم الصادر فيها سنداً لـه في ثبوت الملكية بوضع اليد بالتقادم المكسب خلفاً للبائعين لـه ومورثهم - وهو ما يجوز في صحيح القانون - اعتباره سنداً ناقلاً للملكية وقابلاً للشهر عنه فضلاً عن كفايته بذاته سنداً صالحاً للاحتجاج به قبل من ينازعه في ثبوت هذا الحق لـه أو يدعى عليه بأى حق يعارضـه وتلك بدورها غاية إقامة الدعوى بصحة ونفاذ العقد وتوجب قبولـها[١].

- وإذا تأكد للمحكمة صحة البيع ونفاذ الالتزام حكمت بذلك. فدعوى صحة التعاقد هى دعوى موضوعية تنصب على حقيقة التعاقد فتتناول محلـه ومداه ونفاذه، والحكم الذى يصدر فيها هو الذى يكون مقرراً لكافة ما انعقد عليه الرضاء بين المتعاقدين[٢] ويستطيع المشترى تسجيلـه فتنتقل إليه الملكية من تاريخ هذا التسجيل[٣].

هـ - أثر تسجيل صحيفة الدعوى:

- أصبح شهر صحيفة الدعوى شرطاً لقبولـها. كما أصبح شرطاً لإلحاق كل طلب للخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد بمحضر الجلسة، وكذلك أصبح الشهر شرطاً لقبول الطلب العارض أو طلب التدخل إذا كان محلـه صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية.

- القاعدة أنـه ليس للتسجيل أثر رجعى[٤]، أى أن الملكية العقارية لا تنتقل إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الصادر بصحة ونفاذ عقد البيع[٥].

---

(١) نقض ١٩٨٣/١/١١ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٣٤ ص ١٧٥.
(٢) نقض ١٩٨٠/١٢/٩ مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ٢٠١٠.
(٣) نقض ١٩٦٦/١١/١ مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ١٥٩٩، ١٩٦٩/١/٩ س ٢٠ ص ١٩٦٩، ١٩٨١/١٢/٢٠ س ٣٢ ص ٢٣٤١، ١٩٨٢/١١/٢١ س ٣٣ ص ١٠١٢.
(٤) انظر في تفصيل ذلك السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٢٨٠ ص ٥١١، وانظر في تأييد للأثر الرجعى للتسجيل فقرة ٢٨٣ ص ٥١٩.
(٥) انظر الأحكام الواردة في هامش ٢، انظر بصفة خاصة نقض ١٩٧٣/٢/٢٤ س ٢٤ ص ٣٢٩.

كما أن القاعدة أن الملكية تثبت للمشترى اعتباراً من تاريخ تسجيل الحكم وليس من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى.

وبالرغم من ذلك فإن تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد التى يرفعها المشترى على البائع - على ما قضت به المادة ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى - يحدث أثره بالنسبة لجميع من ترتبت لهم على العقار المبيع حقوق عينية بعد تسجيل تلك الصحيفة، سواء كانوا خصوماً في تلك الدعوى التى سجلت صحيفتها أو ظلوا بعيدين عنها[١].

فإذا البائع باع العقار إلى مشتر ثان وقام هذا الأخير بتسجيل عقده بعد تسجيل صحيفة دعوى صحة ونفاذ عقد البيع الأول فإنه لا يحتج بهذا التسجيل ولا تنتقل الملكية به إلى المشترى الثانى وبالتالى لا يحول هذا التسجيل دون أن يحكم للمشترى الأول بصحة ونفاذ عقده العرفى حتى إذا أشر بهذا الحكم وفق القانون يكون حجة على المشترى الثانى[٢] وانسحاب أثر الحكم إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى إنما قصد به حماية أصحاب هذه الدعوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحائفها ولم يقصد أن يترتب على مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد انتقال الملكية قبل التأشير بالحكم الذى يقرر حق المدعى فيها[٣].

ومفاد ذلك أنه لا يكفى لاعتبار العقد مسجلاً تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ما لم يصدر حكم بذلك ويؤشر به على هامش تسجيل الصحيفة وما لم يحصل هذا التأشير لا يكون للحكم بصحة التعاقد حجية بالنسبة للتسجيل[٤].

---

(١) نقض ١٩٦٧/١٠/١٩ س ١٨ ص ١٥٤٢، ١٩٧١/٥/٢٧ س ٢٢ ص ٦٩٦.
(٢) نقض ١٩٦٧/١٠/١٩ مجموعة أحكام النقض س ١٨ ص ١٥٤٢، ١٩٧١/١٢/٢٣ س ٢٢ ص ١٠٩٦.
(٣) نقض ١٩٦٩/١/٩ س ٢٠ ص ١٩٦٩، ١٩٨٠/١٢/٢٣ س ٣١ ص ٢١٠٢، ١٩٨٣/١/٢٦ س ٢٤ ص ٣٠٨.
(٤) نقض ١٩٧٠/٤/٢٣ س ٢١ ص ٦٧٧.

وإذا كان التأشير بمنطوق الحكم الصادر في الدعوى على هامش تسجيل صحيفتها ينسحب أثره إلى تاريخ تسجيل هذه الصحيفة إلا أن هذا الأثر ورد على سبيل الاستثناء حماية لأصحاب تلك الدعوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى، وهو استثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه[1].

وإجراءات تسجيل صحيفة الدعوى المعول عليها هى الإجراءات التى تبدأ بتقديم المحرر المختوم بخاتم "صالح للشهر" بعد توقيعه إلى مكتب الشهر العقارى المختص حيث يثبت في دفتر الشهر بأرقام متتابعة وفقاً لتواريخ وساعات تقديم المحررات إليه، ويؤشر عليه أى على المحرر بما يفيد شهره وفق أحكام المادة ٢٩، ٣٢ من قانون الشهر العقارى. وعلى ذلك لا تكفى الإجراءات التمهيدية، كبيانات القيد في دفتر مشروعات المحررات التى تفيد تقديم مشروع صحيفة الدعوى[2].

لا مجال لإعمال الأسبقية في تسجيل صحيفتى دعوتى صحة التعاقد إذا كان أحد العقدين صورياً صورية مطلقة[3]. كما أن العبرة في المفاضلة بأسبقية التسجيل أن يكون المتصرف واحداً[4]. وكذلك الأفضلية لا تثبت لرافع الدعوى إلا إذا كان المبيع المحدد في صحيفة الدعوى، هو بذاته المبيع الذى كان محلاً للبيع، لأن أساس الشهر هو اتحاد العقار في كل من التصرف وإشهار التصرف[5].

---

(١) نقض ١٩٧٣/٢/٢٤ س ٢٤ ص ٣٢٩، ١٩٨١/١٢/٢٠ س ٣٢ ص ٢٣٤١.
(٢) نقض ١٩٧٧/٦/١٥ س ٢٨ ص ١٤٤٢.
(٣) نقض ١٩٧٧/٦/١٥ س ٢٨ ص ١٤٤٢.
(٤) نقض ١٩٨٧/٦/١٦ الطعن رقم ١١٣٥ سنة ٥٣ ق.
(٥) نقض ١٩٧١/٤/٢٩ س ٢٢ ص ٥٨٤، ١٩٨١/١/٢٧ س ٣٢ ص ٣٤٩ ولذلك إذا تم تسجيل تنبيه نزع الملكية على الأطيان محل النزاع قبل إشهار المشترى لصحيفة تعديل طلباته في دعوى صحة التعاقد إن تسجيل تنبيه نزع الملكية يرتب أثره. وإذا قضى الحكم بصحة ونفاذ العقد على قدر شائع بناء على طلب المشترى وعلى غير مقتضى سنده الذى تلقى به حصة مفرزة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون نقض ١٩٨١/٥/٥ س ٣٢ ص ١٣٧٤.

وحيث إن التأشير بمنطوق الحكم يرتد أثره استثناءً إلى وقت تسجيل صحيفة الدعوى حماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى ولذلك قصر المشرع هذا الأثر على التأشيرات التى تتم خلال خمسة أعوام من تاريخ صيرورة الحكم الصادر بصحة ونفاذ البيع نهائياً، وإن كان يجوز تسجيل الحكم ذاته بعد مرور الخمس سنوات إلا أن أثر هذا التسجيل ـ بالنسبة إلى الغير ـ لا يرتد إلى يوم تسجيل صحيفة الدعوى.

وإذا كان المشرع قد رسم للمدعى في دعوى صحة التعاقد طريقاً يمكنه من التمسك بالحكم الذى يصدر لصالحه ضد كل من آل إليه الحق من البائع المدعى عليه وإعلام الغير بالأخطار التى يتعرضون لها عند التعاقد بشأن العقار موضوع الدعوى، وإذا كان هذا الإعلام يتحقق بالتأشير بمنطوق الحكم وحده، فإنه من باب أولى يتحقق بشهر الحكم كاملاً إذ أن هذا الشهر يتضمن كل بيانات التسجيل الهامشى ويزيد عليه. ومتى تقرر ذلك فإن أثر تسجيل الحكم من حيث الاحتجاج على من ترتب لهم حقوق عينية على العقار يرتد إلى تاريخ تسجيل صحيفة صحة التعاقد(1).

أما الحقوق التى كسبها الغير على العقار قبل تسجيل صحيفة الدعوى فتكون نافذة في حق المشترى (م ١٧/ ٢ من قانون الشهر العقارى) وإن كان هناك خلاف حول ما إذا كان يشترط لنفاذها أن يكون الغير الذى كسب الحق حسن النية أم لا على نحو ما سنعرض فيما بعد.

٢ـ دعوى صحة التوقيع:

سبق أن رأينا أن دعوى صحة التعاقد وسيلة لإدراك التنفيذ العينى الجبرى مباشرة دون تدخل من جانب البائع، وما كان لذلك من انعكاس على

---

(1) نقض ١٩٦٩/١/٣٠ س٢٠ ص ١٩٣، ١٩٧٧/٣/١٦ س ٢٨ ص٦٨١، ١٩٨١/٤/٢٩ س ٣٢ ص ١٣٤٠.

طبيعتها ومداها. فرأينا أن دعوى صحة التعاقد دعوى موضوعية تنصب على حقيقة التعاقد فتتناول محله ومداه ونفاذه، وأن الحكم الذى يصدر فيها هو الذى يكون مقرراً لكافة ما انعقد عليه الرضا بين المتعاقدين بغير حاجة إلى الرجوع إلى الورقة التى أثبت فيها التعاقد أولاً، ولذلك كان تسجيل هذا الحكم كافياً لنقل الحق العينى.

ومع ذك قد لا يتسنى للمشترى أن يرفع دعوى صحة التعاقد لسبب أو لآخر، فإنه ليس أمامه إلا وسيلة أخرى أكثر يسراً، ولكنها أقل شأناً، وهى دعوى صحة التوقيع. وهذه الدعوى تختلف عن دعوى صحة التعاقد من حيث الطبيعة والمدى وإن اشتركت معها في نفس الغاية.

فدعوى صحة التوقيع دعوى تحفظية الغرض منها تطمين من بيده سند عرفى إلى أن صاحب التوقيع عليه لا يستطيع بعد الحكم فيها بصحة توقيعه أن ينازع في التوقيع[1] فالمشترى لا يطلب من القضاء الحكم بصحة ونفاذ البيع بل يقتصر على طلب إثبات واقعة مادية هى صحة توقيع البائع. ولذلك يمتنع فيها على القاضى أن يتعرض للتصرف المدون في السند من جهة وجوده أو انعدامه، أو صحته وبطلانه، أو جديته وصوريته، أو نفاذه وزواله، بل يقتصر بحثه على صحة التوقيع فقط[2] ولا يتعدى أثره إلى صحة التزامات الطرفين الناشئة عن العقد[3].

وهذه الدعوى تعرف في قانون الإثبات بدعوى تحقيق الخطوط الأصلية فقد نص عليها المشرع في المادة ٤٥ إثبات مصرى بقوله "يجوز لمن

---

(١) نقض ١٩٣٩/٢/٢٣ الطعن رقم ٥٨ لسنة ٧ق، ١٩٥١/٥/٣ الطعن رقم ٨٨ سنة ١٩، ١٩٧٠/٢/٢٦ مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ٣٦٨، ١٩٨٥/١/٢٤ الطعن رقم ٦٤٦ سنة ٥٢ ق.

(٢) الأحكام السابق الإشارة إليها، ونقض ١٩٨٥/١/٢٤ السابق الإشارة إليه والذى نقض الحكم الذى قضى ببطلان التصرف المثبت بالمحرر لعيب من عيوب الرضا في دعوى صحة التوقيع.

(٣) نقض ١٩٥٢/٣/٦ الطعن رقم ١٠٦ سنة ٢٠ ق.

بيده محرر غير رسمى أن يختصم من يشهد عليه ذلك المحرر ليقر بأنه بخطه أو بإمضائه أو بختمه أو ببصمة إصبعه. ولو كان الالتزام الوارد به غير مستحق الأداء ويكون ذلك بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة"[1].

فموضوع هذه الدعوى ينحصر فقط في صحة التوقيع دون التعرض لموضوع الحق. فإذا حضر المدعى عليه وأقر، أثبتت المحكمة إقراره، وتكون جميع المصروفات على المدعى. ويعتبر المحرر معترفاً به إذا سكت المدعى عليه أو لم ينكر أو لم ينسبه إلى سواه (م ٤٦ إثبات مصرى). وإذا لم يحضر المدعى عليه حكمت المحكمة في غيبته بصحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع. ويجوز استئناف هذا الحكم في جميع الأحوال (م ٤٧ إثبات مصرى) وإذا أنكر المدعى عليه الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع فيجرى التحقيق طبقاً للقواعد المرسومة في قانون الإثبات (م٤٨ إثبات مصرى). فإذا قضت المحكمة بصحة التوقيع أو الخط وجب الحكم بالغرامة على المدعى عليه، وبالتعويض إذا طلبه المدعى وكان له مقتضى[2].

وبناء عليه فإن دعوى صحة التوقيع لا تعدو أن تكون وسيلة لاعتبار التوقيع على العقد مصدقاً عليه تمهيداً لتسجيله. والحكم الصادر فيها لا يعدو أن يقوم مقام تصديق الموظف المختص على التوقيع[3]. ولذلك فإن دعوى صحة التوقيع دعوى شخصية لا تندرج ضمن الدعاوى العينية العقارية المنصوص عليها في المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى وبالتالى لا تأخذ حكمها[4]، (الواردة في المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى) ولذلك لا يفيد شيئاً تسجيل صحيفة دعوى صحة التوقيع على خلاف دعوى صحة التعاقد، لذا يلزم تسجيل

---

(١) انظر نبيل سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية. دار النهضة العربية، بيروت ١٩٩٥ ص ١٦٠.
(٢) المرجع السابق ص ١٦١.
(٣) نقض ١٩٤٨/٥/١٣ الطعن رقم ١٥٤ سنة ١٧ ق.
(٤) نقض ١٩٤٨/٥/١٣ السابق الإشارة إليه.

الحكم بصحة توقيع البائع على البيع حتى ينتج التسجيل أثره في نقل الملكية وحتى يمكن الاحتجاج به من تاريخ هذا التسجيل[١].

وتشترك دعوى صحة التوقيع مع دعوى صحة التعاقد في الغاية النهائية منهما. فإذا صدر الحكم بصحة التوقيع استطاع المشترى أن يسجل المحرر ومعه الحكم ويقوم الحكم بصحة التوقيع مقام تصديق البائع على إمضائه[٢] فالذى يسجل العقد والحكم معاً، ولا يكفى تسجيل الحكم لأنه لم يتعرض لأصل موضوع العقد. ويبقى دائماً للبائع أن يطعن في صحة العقد[٣] ومن وقت هذا التسجيل فقط لا ينفذ في حق المشترى أى تصرف يصدر من البائع ويسجل بعد تسجيل المشترى لعقده مصحوباً بالحكم[٤] وقد زاد مؤخراً الالتجاء إلى دعوى صحة التوقيع بعدما قيد المشرع الالتجاء إلى دعوى صحة التعاقد.

المطلب الثالث

أثر التسجيل

في هذا المطلب سنعرض أولاً، لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير، ثم سنبين أن هذا الانتقال لا يكون إلا من وقت التسجيل، وأخيراً سيتضح لنا أن العبرة دائماً بالأسبقية في التسجيل إلا ما استثنى بنص خاص.

أولاً – انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير:

وهنا سنجد أن القدر المتيقن منه في معظم نظم الشهر والعلانية أن الملكية لا تنتقل فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل. وفيما وراء ذلك هناك اختلاف بين هذه الأنظمة. ولنرَ ذلك بشيء من التفصيل.

---

(١) نقض ١٩٥٤/٤/٢١ الطعن رقم ١٠٥ سنة ٢٢ ق.
(٢) نقض ١٩٣٩/٢/٢٣ السابق الإشارة إليه، نقض ١٩٤٨/٥/١٣ السابق الإشارة إليه.
(٣) منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ ص ١١٢.
(٤) السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٢٧٥ ص ٥٠١ وما بعدها.

الاختلاف بين الشهر العقاري والسجل العقاري:

الاختلاف بين الشهر العقاري والسجل العقاري لا يكون بصدد انتقال الحق العينى سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير وإنما الاختلاف في سبب هذا الانتقال هل هو العقد المسجل أم مجرد القيد في السجل العقاري. كما أن الاختلاف بينهما أيضاً حول مدى حجية القيد وما يترتب على ذلك من نتائج.

١ـ بالنسبة للشهر العقاري:

إن الحق العقاري لا ينتقل، في ظل نظام الشهر العقاري، إلا بعقد مسجل صادر من صاحب الحق. فالتسجيل، وإن كان لازماً لانتقال الحق، فهو لا ينقله وحده.

- ويترتب على ذلك أنه إذا كان العقد المسجل صورياً فالحق لا ينتقل لأن العقد الصورى لا وجود له.

- كما أن التسجيل لا يحصن العقد المسجل ضد الإبطال أو البطلان أو الفسخ. ففى جميع هذه الأحوال إذا ما حكم ببطلان العقد أو بفسخه يزول العقد بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن وبالتالى يعتبر الحق كأن لم ينتقل بالرغم من التسجيل. ولا يسرى الأثر الرجعى في حق الغير حسن النية الذى تلقى حقاً عينياً على العقار وقام بشهره قبل تسجيل صحيفة دعوى البطلان أو الفسخ وكان لا يعلم ولا في استطاعته أن يعلم بالسبب الذى تستند إليه هذه الدعوى. وهو يعتبر دائماً سيء النية إذا قام بشهر حقه بعد تسجيل صحيفة دعوى البطلان أو الفسخ (انظر المادة ١٥، ٢/١٧ من قانون الشهر العقارى).

- كما يلزم حتى ينتقل الحق بالعقد المسجل أن يكون البائع هو صاحب الحق المبيع. وعلى ذلك إذا رفع شخص دعوى استحقاق للعقار المسجل وأثبت فيها أن البائع ليس مالكاً وأنه هو المالك وحكم له بالملكية فيعتبر الحق كأن لم ينتقل إلى المشترى، ما لم يكن المشترى قد تلقى حقه وقام بشهره قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق فإنه يعتبر حسن النية وبالتالى لا يكون للحق

المحكوم بـه في دعوى الاستحقاق أى حجية عليه، أى أن حقه يبقى بالرغم من أنه ثبت أنه تلقاه من غير مالك (م ١٧/ ٢ من قانون الشهر العقارى).

٢ـ بالنسبة للسجل العقارى:

ينتقل الحق العينى، طبقاً لنظام السجل العقارى، إلى المتصرف إليه لا بناء على التصرف الصادر بل بناء على قيد الحق. فالقيد لا التصرف هو الذى ينقل الحق. ومهمة التسجيل في نظام السجل العقارى هو نقل الحق العينى لا مجرد إعلان التصرف.وقيد الحق في السجل العقارى يكسبه قوة ثبوتية مطلقة وعلنية من شأنه حماية هذا الحق وتوفير الاطمئنان للتعامل على أساسه. وقد أخذ القانون اللبنانى بالسجل العقارى، وكذلك قانون السجل العينى في مصر. مع ملاحظة أن قانون السجل العقارى في لبنان وقانون السجل العينى في مصر يتحدد نطاقهما بالأراضى الممسوحة، أما الأرضى غير الممسوحة فإن تخضع لنظام الشهر العقارى على النحو السابق بيانه.

ثانياً: انتقال الملكية من وقت التسجيل:

تنتقل الملكية فيما بين المتعاقدين، وبالنسبة إلى الغير من وقت التسجيل وفقاً للرأى السائد فقها وقضاء.

ولكن هناك بعض الفقهاء، كذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى الجديد[1]، يقولون بفكرة الأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين. أما بالنسبة إلى الغير فأن الملكية تنتقل من وقت التسجيل، وخاصة بعد صدور قانون التسجيل سنة ١٩٢٣.

ويستند هذا الرأى إلى عدة حجج أهمها ما يلى:

١ـ استندوا إلى أن القانون قرر أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل ولم يقرر أنها تنتقل من وقت التسجيل وهذه حجة لفظية لا ترتب أى أثر قانونى.

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٢٨٣ ص ٥١٩ وما بعدها.

٢- وقد استندوا إلى الشرط الواقف لتأصيل هذا الرأى، فقالوا أن الالتزام بنقل الملكية معلق على شرط واقف هو التسجيل، ومقتضى عمل الشرط الواقف أن يكون بأثر رجعى.

في الحقيقة إن الشرط الواقف كوصف للالتزام هو أمر خارجى عارض تضيفه الارادة إلى الالتزام بعد أن يستوفى أركانه وعناصر تكوينه وهذا لا يصدق على شرط التسجيل، الذى يعتبر في الواقع شرطاً قانونياً لنقل الملكية وبالتالى ليس له أى أثر رجعى.

٣- واستندوا إلى فكرة الأثر الرجعى لتفسير اكتساب المشترى لثمار المبيع في الفترة بين العقد والتسجيل. والواقع أن حق المشترى في الثمار لا يستلزم القول بأن المشترى كان مالكاً في الفترة التى يستحق فيها الثمار. فاستحقاق الثمار لا يرتبط بالملكية دائماً وأساسه هنا التزام البائع بالتسليم الذى ينشأ عن المبيع بمجرد انعقاده أى حتى قبل التسليم[١].

في الواقع إن فكرة الأثر الرجعى تعتبر من قبيل المجاز القانونى، ولذلك لا يفضل الالتجاء إليها على مستوى السياسة التشريعية أو من ناحية الصياغة القانونية. وفى جميع الأحوال التى اعتمد فيها المشرع فكرة الأثر الرجعى قد أورد عليها إستثناءات كادت أن تهدر القاعدة ذاتها. ولذلك نحن نرجح الرأى الذى يذهب إلى عدم استناد أثر التسجيل إلى الماضى لأن ذلك يتفق مع حقائق الأشياء، علاوة على أن فكرة الأثر الرجعى لا تستجيب لأى اعتبارات عملية، كما أنه لا يترتب عليها آثار قانونية ذات شأن[٢].

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٧١ ص ١١٦ وانظر في تفصيل أكثر السنهورى، فقرة ٢٨٠ ص ٥١١ وما بعدها.

(٢) نقض ١٩٧٨/٦/٢٧ س ٢٩ ص ١٥٧٠، حيث قضت المحكمة بأن "الملكية لا تنتقل إلى المشترى إلا بتسجيل عقد البيع، كما أن الأصل أن التسجيل لا يترتب عليه أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه إنشاء حق الملكية أو أى حق عينى آخر ونقله وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضى" ١٩٨٢/٥/٢٤ س ٣٣ ص ٥٩٠.

ثالثاً – العبرة بالأسبقية في التسجيل عند التزاحم:

رأينا أن الملكية لا تنتقل إلا بتسجيل البيع الصادر من صاحب الحق. ويترتب على ذلك أن هناك فترة زمنية تمضى بين ابرام البيع وتسجيله. وفى أثناء هذه الفترة قد يقدم البائع على التصرف في نفس العقار إلى مشتر ثان ويقوم هذا الأخير بتسجيل عقده قبل أن يسجل المشترى الأول. فإن الإفضلية تكون للمشترى الثانى الذى سبق إلى تسجيل عقده ولو أن عقده كان لاحقاً على عقد الآخر.

ويشترط لتحقق هذا التزاحم أن يكون البائع لهما واحد[1]، وأن يكون التصرف منصب على نفس العقار[2] وأن يكون كل من العقدين حقيقياً فإذا كان أحدهم صورياً فلا يقوم التزاحم حيث إن العقد الصورى صورية مطلقة لا وجود له[3] لكن هل يشترط علاوة على الأسبقية في التسجيل حسن النية حتى يفضل المشترى الثانى على المشترى الأول؟ ولكن ما المقصود بحسن النية في هذا الصدد؟ وهل يكفى مجرد حسن النية أم يشترط التواطؤ؟ وعلى ذلك فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين:

أولاً: ألا يكون المشترى الثانى عالماً بوجود التصرف السابق. فإذا كان عالماً به يكون سيء النية.

ثانياً: لا يكفى مجرد العلم بسبق التصرف، بل يلزم لكى يعتبر المشترى الثانى مفضلاً أن لا يكون متواطئاً مع البائع للإضرار بالمشترى الأول.

وهناك تناسب عكسى بين حجية التسجيل واشتراط حسن النية. فإذا اشترط حسن النية كانت حجية التسجيل في أدنى درجاتها. وإذا اشترط التواطؤ

---

(١) نقض ١٩٨٧/٦/٢٦ الطعن رقم ١١٣٥ س ٥٣ ق.
(٢) نقض ١٩٧٣/١٢/٢٠ س ٢٤ ص ١٣٣٦، ١٩٨١/١/٢٧ س ٣٢ ص ٣٤٩.
(٣) نقض ١٩٧٠/٥/٢١ س ٢١ ص ٨٨٦.

زادت حجية التسجيل، وإذا لم يشترط حسن النية أو التواطؤ كان للتسجيل حجية مطلقة. فماذا أخذ به القانون؟

انعقد الإجماع تقريباً، في الفقه والقضاء[1]، في ظل قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ على أن مجرد علم المشترى الثانى بسبق البيع للمشترى الأول لا يؤثر على صحة التسجيل، وبالتالى تنتقل الملكية للمشترى الثانى الذى سجل عقده. وأساس ذلك أن البائع حين تصرف في العقار مرة ثانية كان يتصرف فيما يملك لأن الملكية تنتقل بالتسجيل وأن المشترى الأول لم يكن قد سجل عقده.

وانحصر الخلاف حالياً بين رأيين، الرأى الأول يرى أنه إذا كان لا يشترط حسن النية، أى مجرد العلم بسبق التصرف، لصحة التسجيل، فإنه يشترط عدم التواطؤ. الرأى الثانى يذهب إلى أنه يجب تفضيل المشترى الثانى الذى سجل عقده أولاً، حتى لو كان سيء النية، وحتى لو كان متواطئاً مع البائع[2].

وقد استقر الأمر بسيادة الرأى الأخير بعد حكم محكمة النقض الشهير الصادر في ١٢ ديسمبر ١٩٣٥[3] وبذلك تكون محكمة النقض أعطت للتسجيل حجية شبه مطلقة قلما تتوافر إلا بصدد التسجيل العقارى أو العينى. ولم يعد للمشترى الأول من ضمانة إلا طبقاً للقواعد العامة، ومطالبة البائع بالتعويض، وهو حكم بمبلغ من النقود سيتعرض فيه المشترى لمزاحمة باقى الدائنين. فإذا تسنى له الحصول على حقه لأن البائع كان موسراً كان بها. فإذا كان البائع معسراً وكان البيع المسجل هو الذى سبب إعساره أو زاد فيه، جاز للمشترى الأول أن يطعن في البيع المسجل بالدعوى البوليصية لا بقصد تثبيت ملكيته في العقار المبيع، بل للتنفيذ عليه بالتعويض المستحق له. وسوف يتعرض بطبيعة

---

(١) انظر أنور سلطان، فقرة ١٨٢ ص ٢١٢، منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٢ ص ١١٩.

(٢) انظر في عرض تفصيلى لهذه الآراء أنور سلطان، فقرة ١٨٢ ص ٢١٣ وما بعدها.

(٣) مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥.

الحال لمزاحمة باقى الدائنين على ثمن العقار [١].

وقد انتقد بعض الفقهاء هذا القضاء لاعطائه للتسجيل حجية شبه مطلقة في ظل نظام الشهر الشخصى مما لا يتفق وطبيعة هذا النظام [٢].

ثم جاء قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ دون أن يحسم هذه المسألة وبذلك ظل باب الاجتهاد مفتوحاً من جديد.

فذهب رأى إلى أن مجرد علم المشترى الثانى بسبق التصرف يحول دون تفضيله على المشترى الأول وذلك على أساس نص المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى، والمادة ١٥ من نفس القانون [٣].

وذهب رأى آخر إلى أن حسن النية ليس مشترطاً لصحة التسجيل ولكن التواطؤ يفسده [٤].

ثم تصدت محكمة النقض لهذه المسألة بعد هذا القانون ورفضت كل من الرأيين السابقين واستمرت في قضائها السابق وهو أن التواطؤ لا يفسد العقد المسجل، وأنه لا يجوز الطعن في هذا العقد إلا بدعوى الصورية أو بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطهما [٥].

---

(١) السنهورى، الوسيط جـ ٤ فقرة ٢٨٩ ص ٥٤٢.
(٢) نفس المرجع فقرة ٢٨٩ ص ٥٤٤.
(٣) أنور سلطان، فقرة ١٨٣ ص ٢١٩، ٢٢٠.
(٤) السنهورى، فقرة ٢٩٠ ص ٥٤٨ وما بعدها.
(٥) نقض ١٩٥٤/٥/١٣ مجموعة أحكام النقض س ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ ومن الفقهاء من يؤيد هذا القضاء انظر عبد المنعم البدراوى، فقرة ٢٠٣ ص ٣٠٥ وفقرة ٢١٩ ص ٣٤٠. محمد على إمام، فقرة ١٧٧ ص ٢٩٨ – ص ٢٩٩ إسماعيل غانم، مذكرات غير مطبوعة في البيع ص ٩٣ – ٩٤، وجميل الشرقاوى البيع ص ١٨٠ رسالة البطلان فقرة ٥٤ هامش ١٥٧ مشار إليهم في السنهورى، فقرة ٢٩٠ ص ٥٥١ هامش ١، ويبشر الأستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٢ ص ١٢٥، ١٢٦، باستقرار هذا القضاء وخاصة وأنه هو الرأى الذى استقر قبل قانون الشهر العقارى.

واستمر الفقه الرافض لهذا القضاء في رفضه له على أساس أن الرأى الذى اعتنقه القضاء تناهضه الاعتبارات العلمية[١]، ولا تنهض به الاعتبارات العملية[٢].

وقد استقرت محكمة النقض على أن إجراء المفاضلة عند تزاحم المشترين في شأن عقار واحد يكون على أساس الأسبقية في الشهر ولو نسب إلى المشترى الذى بادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله[٣]. وهذا الرأى سيكون أكثر اتساقاً مع أحكام القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ والخاص بالسجل العينى وخاصة بعدما وضع موضع التطبيق في بعض المحافظات.

ـ تنازع المشترى من الوارث مع المشترى من المورث:

القاعدة أن الملكية لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل ومن وقت هذا التسجيل.

وتطبيقاً لهذه القاعدة نجد أن في البيع غير المسجل تبقى الملكية على ذمة البائع. وبناء على ذلك إذا مات البائع قبل التسجيل فإن ملكية العقار المبيع تنتقل إلى ورثته. أما إذا مات المشترى قبل التسجيل فإن الملكية لا تنتقل إلى ورثته ولكن يستطيع هؤلاء الورثة مطالبة البائع أو ورثته بنقل ملكية المبيع وأن

---

(١) السنهورى، فقرة ٢٩٠ ص ٥٥٢.

(٢) نفس المرجع ص ٥٥٣ وانظر أيضاً في انتقاد عدم كفاية العلم وضرورة اشتراط التواطؤ عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق فقرة ١٠٤ وما بعدها ص ١٦٧ وما بعدها، شمس الدين الوكيل، أثر الغش على الأسبقية في التسجيل، مجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، السنة الثامنة ١٩٥٨ ـ ١٩٥٩ ص ٦٣ وما بعدها.

(٣) نقض ١٩٦٩/٣/١٥ س ١٧ ص ٢٩٥، ١٩٧٠/٤/٧ س ٢١ ص ٥٨١ ولم تهدر محكمة النقض العقد الذى سجل أولاً إلا في حالة ما يكون عقداً صورياً. نقض ١٩٨٥/١١/٢٨ الطعن رقم ٥٤٩ سنة ٥٢ ق، ١٩٨٦/١/١٢ الطعن رقم ١٦٨٤ سنة ٥١ ق.

يرفعوا على أى منهم دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة التوقيع على النحو السابق بيانه.

ولذلك يمكن أن نواجه الفرض الآتى: أن يموت البائع قبل التسجيل فتنتقل ملكية العقار المبيع إلى وارثه، ويبيع هذا الوارث العقار إلى مشتر آخر. وبذلك يقع التنازع بين المشترى من المورث والمشترى من الوارث. والمعيار الفاصل في فض هذا التنازع هو التسجيل. فإذا شهر الوارث حق الإرث وسجل المشترى منه عقد شرائه انتقلت إليه الملكية ومن ثم يفضل المشترى من المورث.

لكن إذا أشر المشترى من المورث، باعتباره دائناً للتركة، بدينه طبقاً لأحكام المادة ١٤ من قانون الشهر العقارى قبل أن يسجل المشترى من الوارث عقده، أو بعد هذا التسجيل ولكن في خلال سنة من تاريخ تسجيل حق الأرث، كان له أن يحتج بحقه كمشتر على المشترى من الوارث، ثم عليه أن يشرع بعد ذلك في مطالبة المشترى من الوارث بنقل ملكية المبيع ولا يقتصر على المطالبة بالتعويض فإذا ما حصل على حكم بطلبه سجله فانتقلت إليه الملكية[١] فإذا لم يفعل شيئاً من ذلك فضل عليه المشترى من الوارث إذا سجل عقده.

في حالة إذا ما تسلم المشترى من المورث العقار المبيع، فإن عقد البيع الذى في يده لا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً في التقادم الخمسى، لأنه صدر من مالك، والسبب الصحيح يجب أن يكون صادراً من غير مالك، كما أنه لم يسجل عقده، ويشترط في السبب الصحيح أن يكون مسجلاً. ومع ذلك فإنه ليس هناك ما يمنع من اكتساب ملكية العقار بالتقادم بالمدة الطويلة إذا توافرت شروطه وفى هذه الحالة يكون سبب اكتساب الملكية التقادم لا عقد البيع[٢].

---

(١) السنهورى، الوسيط جـ ٤ فقرة ٢٧١ ص ٤٨٤، نقض ١٩٨١/٣/١٨ س ٣٢ ص ٨٥٧ واعتبرت المحكمة أن تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد قبل إشهار حق الإرث يغنى عن التأشير مرة أخرى بذات الحق على هامش حق الإرث الذى يتم شهره فيما بعد، على أساس أن التسجيل إجراء شهر يحاج به الكافة وتتحقق به الغاية التى تغياها المشرع من التأشير الهامشى.
نقض ١٩٨١/٥/٦ س ٣٢ ص ١٣٩٦، نقض ١٩٨٣/٢/٩ س ٣٤ ص ٤٦١.

(٢) السنهورى، فقرة ٢٧١ ص ٤٨٥.

الفصل الثانى

الالتزام بالتسليم

تمهيد وتقديم:

الالتزام بتسليم المبيع ينشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده ولو لم ينص عليه فيه لأنه من مقتضياته[1]. ويجب على البائع أن يسلم للمشترى المبيع وملحقاته بصرف النظر عما إذا كانت الملكية انتقلت أم لا[2]. والالتزام بالتسليم يعتبر من مقتضيات العقود الناقلة بصفة عامة. وهو يعتبر من مقتضيات عقد البيع لأنه يتفرع عن التزام البائع بنقل الملكية. وهذا الالتزام يقترن به أيضاً الالتزام بالمحافظة على المبيع إلى أن يسلمه إلى المشترى. وهذا ما نصت عليه المادة ٢٠٦ مدنى مصرى بقولها أن "الالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام بتسليم الشىء والمحافظة عليه حتى التسليم". ويعتبر الالتزام بتسليم المبيع التزاماً بتحقيق نتيجة بينما الالتزام بالمحافظة عليه يعتبر التزاماً ببذل عناية.

وتتجلى أهمية تسليم المبيع في أنه ينقل تبعة الهلاك إلى المشترى، حيث أن تبعة الهلاك تدور مع التسليم لا مع نقل الملكية في القانون المصرى على خلاف القانون الفرنسى واللبنانى. كما أن بتسليم المبيع يستطيع المشترى الانتفاع بالمبيع فعلاً ويحول دون اكتساب الغير للمبيع بالحيازة. كما أنه يساهم في نقل الحق العينى إذا كان محله معيّناً بالنوع عندما يتحقق به الإفراز وهو الفرض الغالب كما رأينا. وأخيراً فإنه يترتب على التسليم، عندما يكون المبيع مثمراً، أن يثبت للبائع الحق في الفوائد القانونية على الثمن (م ٤٥٨/ ١ مدنى).

---

(١) نقض ١٩٣٨/٢/٣ الطعن رقم ٧٣ سنة ٧ق، ١٩٨٨/٥/٤ الطعن ٢٥٨٥ سنة ٥٥ ق.

(٢) نقض ١٩٧٦/٢/١٧ مجموعة أحكام النقض س ٢٦ ص ٤٥٣، وينتقل إلى المشترى جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما في ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها. نقض ١٩٧٩/٥/٢٨ س ٣٠ ص ٤٦١ ع ٢٠، ١٩٨٦/٢/٩ الطعن رقم ١٧٦٨ سنة ٥٢ق، ١٩٨٧/٢/١ الطعن رقم ١٠٤٤ سنة ٥٤ ق، ١٩٨٨/٥/٤ الطعن رقم ٢٥٨٥ سنة ٥٥ ق.

ولدراسة هذا الالتزام نعرض أولاً لنطاقه وتنفيذه، ثم نبين بعد ذلك عدم تنفيذ الالتزام وأثره.

المبحث الأول
نطاق الالتزام وتنفيذه

وسنبين على التوالى نطاق هذا الالتزام، ثم بعد ذلك نعرض لكيفية تنفيذه.

المطلب الأول
نطاق الالتزام

وهنا سنعرض لما يشمله الالتزام بالتسليم، الشيء، والمحلقات وما تفرضه بعض القوانين من التزام بالتبصير.

أولاً : الشيء:

وهنا سنعرض لتحديد المبيع، ثم نبين الحالة التى يجب أن يسلم عليها المبيع، وأخيراً نعرض لمقدار المبيع، لنقف على أثر العجز أو الزيادة في مقدار المبيع.

١- تحديد المبيع:

وتحديد المبيع يختلف باختلاف الشيء الذى يلزم تسليمه:

- فإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع، فإنه يجب على البائع أن يسلم للمشترى شيئاً من نفس النوع وبنفس المقدار المتفق عليه. وإذا اتفق على درجة جودته وجب تسليم الشيء من الدرجة المتفق عليها، وإذا لم يتفق فتستخلص درجة الجودة من العرف أو من أى ظرف آخر، فإذا لم يمكن استخلاص ذلك التزم البائع بتسليم شيء من صنف متوسط الجودة (م ١٣٣/ ٢ مدنى).

- وإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات فإنه يجب على البائع تسليم ذات الشيء المتفق عليه ولا يجوز له أن يسلم إلى المشترى شيئاً آخر بدون موافقته، فإذا وافق المشترى على ذلك فإننا نكون بصدد وفاء بمقابل.

٢- الحالة التى يجب تسليم المبيع عليها:

تنص المادة ٤٣١ مدنى مصرى على أن "يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع".

وهذه القاعدة من القواعد المكملة لإرادة الأطراف ولذلك يجوز الاتفاق على خلافها، فيمكن الاتفاق على تسليم المبيع في حالة جيدة أو في حالة مطابقة للعينة(١).

وتتعين حالة المبيع وقت البيع بحسب طبيعة الشيء محل التسليم. فإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات فإن البائع يلتزم بتزويد المشترى بالبيانات اللازمة التى تعين على تحديد حالة الشيء وقت البيع، كتعيين حدود العين المبيعة وما عليها من حقوق وتكاليف، ومشتملات العين، ودرجة جودتها وغير ذلك من الأمور التى يكون من شأنها تعيين حالة المبيع. وهذه هى الحالة التى يلتزم البائع أن يسلم بها المبيع إلى المشترى، ما لم يوجد اتفاق خاص على غير ذلك. فإذا كان المبيع مقرراً له حق ارتفاق فلا يجوز للبائع إلغاء هذا الارتفاق، إذا كان المبيع أرضاً داخلة في مشروع تقسيم وجب تسليمها في الحالة التى هى عليها في مشروع التقسيم بما يشتمل عليه من شوارع وميادين، إذا كان المبيع أرضاً عليها قيود تنظيم، كالارتفاع إلى حد معين أو البناء بشكل معين فإن البائع يسلمها للمشترى بالحالة التى كانت عليها.

ويجب على البائع أن يحافظ على الشيء حتى يسلمه بحالته فلا يجوز له إجراء أى تغيير فيه سواء كان التغيير مادياً، كأن يهدم جزء من المنزل، أو

---

(١) نقض ١٩٥٩/٦/٢٥ مجموعة أحكام النقض س ١٠ ص ٤٩٩، الاختلاف الطفيف بين العينة والبضاعة لا يؤثر. نقض ١٩٥٩/١١/١٢ س ١٠ ص ٦٥٩.

معنوياً، كأن يرهن المنزل[١].

- وإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع، كالبضائع مثلاً، فإنه يجب أن يسلمها من المنشأ، والماركة، أو الصنف، وكل الخصائص المميزة لها والمقدار بحسب ما هو متفق عليه وبالنسبة لجودة الشيء فإنها تعتبر عنصراً هاماً في تحديد حالة المبيع فإذا كان متفق عليها وجب الالتزام بذلك[٢]، وإذا لم يوجد اتفاقاً خاص عينها العرف أو أية ظروف أخرى ملابسة، فإذا لم يوجد وجب تسليم المبيع متوسط الجودة.

وعندما يكون هناك اتفاق على تسليم المبيع على دفعات متتابعة فإن حالة المبيع تحدد بالنسبة للمجموع إذا كانت الصفقة غير قابلة للتجزئة بالنسبة للأداءات المختلفة. والأمر يكون على خلاف ذلك إذا كانت الصفقة تقبل التجزئة.

- إذا حدث تغير في حالة المبيع بأن هلك الشيء المعين الذى انعقد عليه البيع أو أصيب بعيب قبل التسليم فإنه يجب أن نفرق بين فرضين:

- إذا حدث ذلك بفعل أو خطأ ارتكبه البائع حق للمشترى أن يطلب قيمة ذلك الشيء. أو عوضاً مقابلاً لما نقص من قيمته. وإذا كان المبيع من المثليات فعلى البائع أن يسلم ما يماثله صفة ومقداراً دون إخلال بحق المشترى في المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى.

- إذا حدث ذلك بفعل أو خطأ من المشترى كان ملزماً باستلامه على حالته ويدفع ثمنه كاملاً.

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٥ ص ١٣٢.

(٢) إذا كان البائع التزم بوضع ماركة معينة فإنه يجب أن يفعل ذلك

com. 9 juil,1957, Bull. III no 221

وإذا كان البائع قد التزم بتوريد كمية من صاج وفق عينة موجودة ومختومة من الطرفين وتحت يد المشترى فإنه يجب أن يقوم بذلك.
نقض ١٩٥١/٤/١٩ الطعن رقم ١٠٦ سنة ١٩ق.

٣ـ مقدار المبيع:

تنص المادة ٤٣٣ مدنى مصرى على أنه "١ـ إذا عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسئولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ما لم يتفق على غير ذلك، على أنه لا يجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد" "٢ـ أما إذا تبين أن القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة، وجب على المشترى، إذا كان المبيع غير قابل للتبعيض، أن يكمل الثمن إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه".

وتنص المادة ٤٣٤ مدنى مصرى على أنه "**إذا وجد في المبيع عجز أو زيادة، فإن حق المشترى في طلب انقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً**"(١).

ولدراسة هذه النصوص سنحاول أن نعرض للفروض والحالات المختلفة التى تعالجها على النحو الآتى:

الفرض الأول: إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات تم تعيين ذاتيته دون التعرض لمقداره. مثال ذلك بيع قطعة أرض دون أن تذكر مساحتها. في هذه الحالة يلتزم البائع بتسليم الأرض المحددة دون أن يسأل عن مقدارها. فإذا ظهر أن المساحة أقل مما كان يعتقد المشترى فلا يجوز له أن يطلب انقاص الثمن ولكن هذا لا يحول دون رجوع أى منهما على الآخر على أساس الغلط في

---

(١) هذا النص لا ينطبق إلا حيث يوجد عجز أو زيادة في المبيع بمعنى يكون البيع قد تناوله، أما ما يضع المشترى يده عليه من أطيان البائع مما لا يدخل في عقد البيع فإنه يعد مغتصباً له ولا تتقادم دعوى المطالبة به بالتقادم المنصوص عليه في هذه المادة. نقض ١٨/٥/١٩٦٧ س ١٨ ص ١٠٣٠.

المبيع إذا توافرت شروطه[1].

الفرض الثاني: إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات قام المتعاقدان بتعيين ذاتيته وتحديد مقداره. كما لو بيعت أرض معينة بحدودها وذكر في العقد أن مساحتها ٤٥٠٠ متر مربع، أو بيع السكر الموجود في مخزن معين وذكر في العقد أنه ٥٠ طن ثم يظهر أن مقدار المبيع يختلف زيادة أو نقصاً عن المقدار المتفق عليه، فما هو الحكم؟ لمعرفة الحكم في هذا الفرض يجب أن نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى حالة نقص المبيع:

إذا وجد نقص في المبيع، فإن حكمه يرجع فيه أولاً إلى إرادة المتعاقدين، فإذا وجد اتفاق خاص بصدده وجب إعمال الاتفاق. فإذا لم يوجد اتفاق فالمرجع إلى العرف فإذا كان العرف جرى بخصوص هذا المبيع على التجاوز عن قدر معين من العجز فالبائع لا يلتزم بشيء في مواجهة المشترى إذا العجز لم يتجاوز هذا القدر المتسامح فيه. فإذا كان العجز محسوساً لا يتسامح فيه، أو لم يوجد عرف أصلاً، كان الخيار للمشترى بين فسخ العقد وإنقاص الثمن[2] ولكن طلب المشترى الفسخ لنقض في المبيع مقيد بأن يثبت أن هذا النقض قد بلغ حداً من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد، ومعيار الجسامة هنا معيار شخصى ينظر في تقديرها إلى شخص المشترى. وإذا طلب المشترى إنقاص الثمن لنقص في المبيع فإنه لا يلزم أن يكون هناك تناسب بين

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٥ ص ١٣٢.

(٢) إذا كان النزاع قد دار بين الطرفين أمام محكمة الموضوع على أمر واحد هو مقدار كمية الحديد التى تم عليها التعاقد ولم يتمسك المشترى صراحة لدى تلك المحكمة بالمطالبة بقيمة العجز الذى يدعيه فإنه لا يكون هناك محل لإثارة الجدل بشأنه أمام محكمة النقض. نقض ١٩٥٧/٥/١٦ س ٨ ص ٤٧٩ -مؤدى نص المادة ٤٣٣/ ١ مدنى أن البائع يضمن للمشترى القدر الذى تعين للمبيع بالعقد دون تمييز بين ما إذا كان الثمن قد قدر بالعقد بسعر الوحدة أو تعين جملة واحدة، بل جعل المشرع للمشترى الحق في هذا الضمان إذا وجد عجزاً في المبيع يطلب إنقاص الثمن أو فسخ البيع بحسب الأحوال طالما أن مقدار المبيع قد تعين في العقد. نقض ١٩٧٠/١١/٣ س ٢١ ص ١١٠٥.

الإنقاص في الثمن والعجز في المبيع وإنما يمكن أن يزيد الإنقاص في الثمن عن ذلك على سبيل تعويض المشترى عن الأضرار التى قد تكون قد لحقت به نتيجة قبوله شيء أقل مما رغب فيه.

وهذا الحكم ينطبق سواء كان المبيع يقبل التبعيض أو لا يقبله، وسواء كان الثمن قد قدر بسعر الوحدة أو قدر جملة واحدة.

الحالة الثانية حالة زيادة المبيع:

القول الفصل في هذه الحالة هو إرادة المتعاقدين، فإذا كان هناك اتفاق خاص بينهما في خصوص هذه الحالة وجب العمل به، فإذا لم يوجد اتفاق وجب الرجوع إلى العرف، فإذا لم يوجد هذا أو ذاك فإنه يجب أن نفرق بين ما إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة، أو مقدراً جملة واحدة.

- إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع قابلاً للتبعيض، فالزيادة للبائع، كما لو بيع السكر الموجود بالمخزن على أنه مائة طن واتضح أنه مائة وعشرة، فيأخذ المشترى القدر المتفق عليه ويترك الباقى للبائع[1] ولا يجوز للمشترى أن يلزم البائع بتسليم كل الكمية الموجودة في المخزن مقابل زيادة الثمن والعكس صحيح لا يجوز أيضاً للبائع إلزامه بذلك مع الزيادة.

أما إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع غير قابل للتبعيض أصلاً أو لا يقبل التبعيض إلا بضرر للبائع، كبيع ذبيحة على أنها مائة كيلو واتضح أنها مائة وعشرون، أو بيع قطعة أرض على أنها ٤٠٠ متر مربع وأتضح أنها ٤٥٠ متر مربع في هذه الحالة يجب على المشترى أن يكمل الثمن ما لم تكن هذه الزيادة جسيمة بحيث لو علم بها عند الشراء لما أتم العقد فيجوز له عندئذ أن يطلب فسخ العقد (م ٤٣٣/ ٢ مدنى مصرى).

---

(١) إذا استولى المشترى على الزيادة عن القدر المبيع لا يشمله عقد البيع ولا يجبر البائع على بيعه بنفس السعر ومن ثم لا تعتبر المطالبة بقيمة القدر المستولى عليه بغير حق زائد عن القدر المبيع مطالبة بتكملة الثمن ولا يسرى في شأنها التقادم الحولى المنصوص عليه في المادة ٤٣٤ مدنى. نقض ١٩٧٨/١١/٢٧ س ٢٩ ص ١٧٧٧.

- إذا كان الثمن مقدراً جملة واحدة، كبيع السكر الموجود في المخزن والبالغ قدره عشرون طناً بعشرة آلاف جنيه ثم يتضح أنه أكثر من عشرون طناً، هنا يأخذ المشترى المبيع كله دون أن يلتزم بزيادة الثمن[1] ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك.

- تقادم الدعاوى التى تنشأ عن نقص المبيع أو زيادته:

تسقط جميع الحقوق الناشئة عن العجز والزيادة بالتقادم، وهذه الحقوق تشمل حق المشترى في طلب إنقاص الثمن أو الفسخ، وحق البائع في طلب زيادة الثمن في الحدود السابق بيانها.

وجعل المشرع هذه الدعاوى تتقادم بمدة قصيرة هى سنة واحدة وذلك حتى يتحقق استقرار المعاملات وتبدأ مدة السنة من وقت تسليم المبيع تسليماً فعالياً لأنه هو الذى يهئ للمشترى والبائع فرصة كشف حقيقة النقص أو الزيادة في المبيع. وهذه المدة مدة تقادم لا سقوط حيث أن المشرع حسم الخلاف بصددها وبالتالى تخضع للوقف والانقطاع وسائر أحكام التقادم الأخرى.

ثانياً : الملحقات:

تنص المادة ٤٣٢ مدنى مصرى على أن "يشمل التسليم ملحقات الشىء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشىء، وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين".

وعلى ضوء هذه النصوص نحدد المقصود بالملحقات، ثم نبين تطبيقات لها بصدد العقار والمنقول.

١- المقصود بالملحقات (Accessoires):

لم يرد في التقنيات المختلفة، تعريف جامع مانع للملحقات وإنما

---

(١) ويبرر هذا الحكم أن المبيع كان في يد البائع وكان بوسعه أن يعرف مقداره فإذا قصر في ذلك، وباعه بثمن مقدر جملة واحدة، فليس له أن يحتج بتقصيره بل دل ذلك على أنه ارتضى هذا الثمن في كل المبيع السنهورى، فقرة ٢٩٩ ص ٥٧٤ هامش ١.

المشرع قد يضع موجه عام لبيان ما يعتبر ملحقات للشيء(م ٤٣٢ مدنى مصرى، م ١٦١٥ مدنى فرنسى) أو أنه يذكر أمثلة لذلك (م ٤١٩ – ٤٢١ موجبات وعقود لبنانى).

فالتسليم يشمل ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء (م ٤٣٢ مدنى مصرى، م ١٦١٥ مدنى فرنسى) وظاهر النص يوحى بأن التسليم يشمل شيئين، الملحقات، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء، ولكن هذا الظاهر لا يتفق مع قصد المشرع وهو أن الأمر لا يتعلق إلا بالملحقات، لأن ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء لا يعدو أن يكون ملحقاته.

في الواقع إن المرجع في تحديد الملحقات هو إرادة المتعاقدين، فما يتفق على إلحاقه بالمبيع يجب تسليمه معه أياً كانت أهميته بالنسبة إلى المبيع – فإذا لم يوجد اتفاق فيجب الرجوع إلى العرف لتحديد ما يلحق بالمبيع – فإذا لم يوجد عرف فيعتبر من الملحقات كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء المبيع طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء.

ويمكن أن نستخلص من ذلك أن الملحقات تشمل كل ما يعتبر من المستلزمات الضرورية لاستعمال الشيء المبيع بحيث بدونها لا يكمل انتفاع المشترى بالمبيع.

- الحقوق والالتزامات:

تشمل الملحقات الحقوق العينية المقررة للشيء المبيع، كحقوق الارتفاق. ولكن على العكس قد يدق الأمر بالنسبة للحقوق الشخصية والالتزامات التى أنشأت من جانب البائع وتكون متعلقة بالشيء. فما هو حكمها إذن؟.

القاعدة العامة، وطبقاً لمبدأ نسبية أثر العقد، يعتبر المشترى خلفاً خاصاً للبائع وبالتالى يظل أجنبياً بالنسبة للاتفاقات التى أبرمها البائع مع شخص آخر وتكون متعلقة بالشيء المبيع. ولذلك لا تنتقل إليه الحقوق والالتزامات الناشئة

عن هذه الاتفاقات ما لم يكن البائع قد أحال لـه هذه الحقوق أو اتفق معه على التحمل بهذه الالتزامات، أو نـص القانون على أن بيع الشـيء يستتبع انتقال العقود المتعلقة بـه. مثال ذلك مـا تنص عليه قوانين الإيجار من انتقال عقود الإيجار إلى مشترى العقار، أو مـا ينص عليه قانون العمل من انتقال عقودَ العمل إلى مشترى المؤسسة، أو مـا ينص عليه قانون التأمين من أن التصرف في الشيء المؤمن عليه يستتبع نقل عقد التأمين إلى المشترى.

وقد حاول الفقه أن يستخلص من ذلك قاعدة عامة، فاقترح أوبرى ورو[1] معيار موضوعي، وهو أن من هذه الحقوق المتعلقة بالشيء ما ينتقل إلى المشترى إذا كانت من ملحقات الشيء. قد انتقد هذا التعبير لأن الحق الشخصي لا يعتبر من ملحقات الشيء[2] وأنـه من غير المؤكد معرفة متى يعتبر حقاً أو التزاماً معيناً من ملحقات الشيء، فالأمر يتوقف على تفسير إرادة المتعاقدين. وقد فضل البعض استعمال معيار قصدى intentionnel، وهو أن حقوق والتزامات البائع تنتقل بقوة القانون إلى المشترى عندما يكون الشيء محل اعتبار عند تقريرها (intitu rei) أى عندما يكون لمالك الشيء وحده مصلحة في استعمال هذه الحقوق، وأنـه هو وحده الذى يكون بوسعه تنفيذ هذه الالتزامات عينا[3].

في القانون المصرى تنص المادة ١٤٦ مدنى علي أنه "إذا انشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف الخاص في الوقت الذى ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت إنتقال الشيء إليه".

---

(١) Droit civil francais, 7 éd 1961 par P. Esmein S 176, no 169.

(٢) R. Rodière, note J. C.P. 1955, II. 8548.

(٣) J. Flour, J. L. Aubert, obligations T. I. 1990 no 447.

وعلى هذا الأساس يكون من ملحقات الشيء وينتقل بانتقال الشيء إلى المشترى، حق المشترى في عدم المنافسة المقرر للبائع، يعتبر من ملحقات المتجر، ودعاوى الضمان التى للبائع ضد من باع لـه ودعوى المسئولية ضد المقاول أو المهندس، كما أن هذه القاعدة امتدت إلى نطاق المسئولية التعاقدية عن عدم التسليم، إذ يستطيع الخلف الخاص للمشترى أن "يرجع بدعوى عقدية مباشرة على المنتج عند عدم مطابقة الشيء للمواصفات المتفق عليها ويطالبه بالتعويض خلال المدة المقررة في القواعد العامة"[١].

وهكذا لم يعد هناك تفرقة بين الدعاوى "المرتبطة بالشيء" (الضمان، والمسئولية عن عدم التسليم المطابق) وسلسلة العقود(Chaînes contractuelles) المتجانسة (بائع – مشترى – خلف خاص للمشترى) وغير المتجانسة (مثل المقاول – البائع – الخلف الخاص للمشترى) إذ يكفى أن يكون الذى يمارس الدعوى هو مالك الشيء[٢].

ويكون من ملحقات الشيء وينتقل بانتقال الشيء إلى المشترى، التزام البائع بمراعاة قيود معينة عند البناء، أو عدم المطالبة بالشفعة إذا ما بيع العقار المجاور.

ـ ثمار المبيع:

ثمار المبيع من وقت العقد تعتبر من ملحقاته. وقد نص المشرع على ذلك صراحة في المادة ٤٥٨/ ٢ مدنى بقوله "وللمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً. هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره".

---

(١) Assem. Plén. de la Cour de cassation, 7 fév 1986, sté produit céramiques de l'Anjou. B. A. P. no 2 I er arrêt, D. 86. 293, note crit, A. Bénabent, D. 87, Som 185 note. H. Groutel, J. C. p. 86. II. 20616, note crit. Ph. Malinvaud, Gaz. Pal. 86. II. 143 Rev trim. Dr. civ. 86. 605 note. Ph. Rémy.

(٢) Ph. Malaurie, L. Aynès, no 308 p. 205.

وكما هو واضح فإن هذه النصوص تعتبر قواعد مكملة، أى يجوز للأطراف الاتفاق على خلافها. وعلى ذلك فإن الثمار تعتبر ملحقات الشيء أياً كان نوعها، طبيعية ككلأ المراعى ونتاج المواشى، أو مستحدثة كثمر الأرض الزراعية، أو مدنية كالإجرة.

٢ـ تطبيقات:

وهنا يجب أن نفرق بين الملحقات في حالة بيع العقار وفى حالة بيع المنقول.

أ – في حالة بيع العقار:

ففى بيع العقار يعتبر من ملحقاته العقار بالتخصيص وحقوق الارتفاق المقررة للمبيع، مثل حق المرور والمجرى، وكذلك الأوراق والمستندات المتعلقة به كمستندات الملكية وعقود الإيجار. ويعتبر من ملحقات المنزل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به، كالأفران المثبتة في المطابخ، والمغاسل المثبتة في الحمامات، ولا يشمل المنقولات التى يمكن فصلها عنه دون تلف، كالمرايا غير المثبتة والثريات المعلقة واللوحات المعلقة[١].

وإذا كان المبيع أرضاً زراعية، دخل في الملحقات حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص كما قدمنا، والمزروعات غير الناضجة. وإذا كان المبيع بستاناً، دخل في ملحقاته الأشجار المغروسة والثمار التى لم تنضج ولا يدخل في الملحقات الثمار الناضجة ولا الشجيرات المزروعة في أوعية

---

(١) تنص المادة ٥٧٢/ ٢ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى على أنه "فإذا لم يوجد إتفاق، وجب اتباع الأحكام الآتية، ما لم يقض العرف بغير ذلك: (أ) بيع المنزل يشمل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به، ولا يشمل منقولاً يمكن فصله دون تلف. (ب) بيع الأرض الزراعية لا يشمل ما نضج من محصول. (د) بيع البستان يشمل ما فيه من أشجار مغروسة، ولا يشمل الثمار الناضجة، ولا الشجيرات المزروعة في أوعية أو التى أعدت للنقل (د) بيع الحيوان يشمل صغاره كما يشمل الصوف والشعر المهئ للجز" مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٥٤.

أو التى أعدت للنقل[1]. وإذا كان المبيع مصنعاً، دخل في ملحقاته المخازن التى تودع فيها المصنوعات، ومساكن العمال والمرافق المعدة لخدمتهم

ب – فى حالة بيع المنقول:

وإذا كان المبيع حيوانا دخل فى ملحقاته صغاره التى يرضعها كما يشمل الصوف والشعر المهيئ للجز (م ٤٢٠ موجبات وعقود) [2].

وإذا كان المبيع من الحيوانات كالخيول الأصيلة والكلاب، دخل من ملحقاتها الأوراق والوثائق المثبتة لأصل الحيوان لما في ذلك من أهمية لمقتنى هذه الحيوانات[3].

وبالنسبة لبيع السيارة فيدخل في ملحقاتها الرافع، والعجلة الاحتياطية، والرخصة وبوليصة التأمين ومستندات الملكية. وبالنسبة للماكينات الحديثة، كماكينة التصوير مثلاً، يدخل في ملحقاتها، الكتالوج الشارح لها ودفتر الصيانة[4].

وفى حالة بيع منقول يوجد بداخله أشياء ذات قيمة ثمينة، فإنها لا تعدمن الملحقات إلا إذا اتفق على خلاف ذلك (م ٤٢١ موجبات وعقود) إذا باع شخص حقيبة وكان بداخلها بعض المجوهرات، فإن هذه المجوهرات لا تعتبر من ملحقات الحقيقة.

وفكرة الملحقات تختلف باختلاف الزمان والمكان. فمثلاً كان بيع الحاسب الآلى عند ظهوره يشمل كمحلقات على الدوام تقريباً البرنامج الأساسى le logiciel de base أما اليوم فلم يعد كذلك[5].

---

(١) انظر المادة ٥٧٢/ ٢ من المشروع التمهيدى السابق ذكرها.

(٢) انظر المادة ٥٧٢/ ٢ من المشروع التمهيدى السابق ذكرها.

(٣) بالنسبة للحصان انظر: com 14 déc 1977, J. C. P. 78. IV. 53.

(٤) انظر:
Civ. 1, 26 nov. 1981, Bull. I. No 352; civ. 1, 29 nov 1994, Bull. I. No 355, D. 95. I. R. 20, J. C. P. 95. IV, 292.

(٥) Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit, no 308 p 203 note 32.

ثالثاً – الالتزام بالتبصير[١]:

سبق أن رأينا أن المبيع يجب أن يكون معيناً تعييناً كافياً. وهذا التعيين الكافى ينطوى بلا شك على وصف لحالة المبيع وقت البيع. وهذا يفترض بطبيعة الحال أن المشترى قد رأى المبيع أو علم به علماً كافياً[٢] ولكن كيف يتسنى كل ذلك لمشتر في الغالب ليس لديه خبرة تذكر بالنسبة لأشياء حديثة ذات تقنية متقدمة؟

إن المصدر الأساسى لهذا العلم والمعرفة بحالة المبيع هو المعلومات والبيانات وكل ما يتعلق بالمبيع التى بحوزة البائع أو المنتج. ولذلك نجد أن المشروع التمهيدى للقانون المدنى الحال كان يشتمل على نص في غاية الأهمية وهو نص المادة ٥٧٣ من هذا المشروع، والذى ينص على أن "يلتزم البائع أن يزود المشترى بالبيانات الضرورية عن الشىء المبيع، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشىء" وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص، رغم أهميته في الوقت الحاضر، لأن أحكامه مستفادة من القواعد العامة[٣]. ولذلك سنعرض لنطاق هذا الالتزام في القانون الحديث، ثم نبحث بعد ذلك عن الأساس الذى يمكن أن يرتكز عليه.

١ـ نطاقه:

الالتزام بالتبصير يلتزم البائع بمقتضاه بإعلام المشترى بما يعرفه ولا يستطيع هذا الأخير أن يعرفه بنفسه[٤].

---

(١) انظر بصفة أساسية
J. Huet, les principaux contrats spéciaux, op. cit, no 11264 et, p. 214 et s; Ph. Malaurie, L. Aynés, op. cit, no 309 et s p. 205 et s; F. Collart – Dutilleul, Ph. Delebcque, op. cit, 211 et s p. 173 et s; A. Bénabent, op. cit, no 198 et s, p. 123 et s.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٥٦.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤٠ ص ٥٥ هامش ١.

(٤) انظر في هذا الموضوع :
Christians, L'obligation d'information dans la vente de produits mobiliers, Thèse Paris II, Lauvain 1987: M. Fabre – Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, Thèse Paris I,L. G. D. J. 1992.

ويتجلى هذا الالتزام بوضوح في العقود التى تبرم بصفة خاصة بين المهنيين و المستهلكين العاديين، هذا الالتزام نشأ في الأصل وطبق في مجال عقد البيع، مما يؤكد أن عقد البيع يعتبر النموذج الأول للعقود المسماة. وهذا الالتزام بدأت تزداد أهميته مع زيادة التقدم التقنى المطرد في النصف الأخير من القرن العشرين، وقد أصبح من المستقر عليه فقهاً وقضاءً في الدول المتقدمة أن من حق المشترى أن يستعلم عن الشيء الذى سوف يكتسبه. ويمكن أن نستعين بالمثل الإنجليزى في هذا الصدد والذى يقول "emptor debet esse curisus" أى ينبغى على المشترى أن يكون فضولياً. وفى الوقت الحاضر قد وصل الأمر إلى حد تدخل المشرع في الدول المتقدمة، كفرنسا مثلاً، ليفرض على المهنى التزام بتبصير المستهلك بكل المعلومات اللازمة عن طريق فرض نوعاً من الشكلية الدقيقة، عادة الكتابة، تتعلق بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع على النحو السابق بيانه في مطلع هذا الباب، كما أن القضاء من جهته قد فرض أيضاً على البائع، واجب الإعلام أو الإخبار، وقد وصل الأمر إلى حد فرض واجب النصيحة في بعض الحالات، مما أدى إلى توسيع نطاق الالتزام بالتسليم وجعله أكثر قرباً من الضمان. وتلزم المحاكم غالباً الأطراف بالتعاون. هذه هى الموضوعات الأساسية التى تحدد لنا نطاق هذا الالتزام، ولنرَ ذلك بشيء من التفصيل.

أ – واجب الإعلام أو الإخبار:

يجب على البائع، مهنياً أو غير مهنى، إعطاء المشترى كل البيانات الضرورية عن الشيء المبيع (م ٥٧٣ من المشروع التمهيدى) وإخباره بكل المعلومات المفيدة التى بحوزته[١].

---

(١) انظر على سبيل المثال Civ. 3, 21 juil 1993, Bull. III, no 117, J. C. P. 93. IV. 247. والذى قضى بأن "البائع لم يرتكب خطأ إذا لم يخطر المشترى بالمركز الحقيقى للعقار المبيع والذى ما زال غامضاً" إذا لم يكن يعرفه.

ويعتبر هذا الالتزام التزام ببذل عناية. ويقع هذا الالتزام بصفة خاصة على عاتق كل من المنتج والبائع المهنى، إذ يجب عليهما وصف المُنتج وبيان طرق استخدامه[١]، وإعطاء التحذيرات الضرورية الخاصة بهذا الاستخدام، لكن دون ضمان للنتيجة.

ويتدرج هذا الالتزام من حيث القوة، لدرجة أنه قد يصل إلى حد أن يصبح التزاماً بتحقيق نتيجة، بحسب عدة عوامل: ١- خطورة أو حداثة المنتج المباع، ٢- صفة المهنى أو المشترى، ولم يلتزم القضاء في هذه الأحكام مبدأ واحداً.

- ويبدأ الالتزام بالإعلام في القواعد العامة من الفرض العادى وهى أن الشىء غير خطير وأن المشترى من عامة الناس. ويتمثل هذا الالتزام في ضرورة إخطار البائع المهنى المشترى بما يعرفه عن الشىء المبيع والذى ليس في إمكان هذا المشترى أن يعرفه بنفسه[٢]. بل أن القضاء قد ذهب إلى تقرير نفس هذا الحكم بالنسبة للبائع غير المهنى[٣].

- وقد يبلغ الأمر أقصى مداه عندما يتعلق بشىء خطير وجديد في نفس الوقت ومشترى من عامة الناس، كما هو الحال بالنسبة للأدوية، فقد اعتبر القضاء أن التزام المنتج في هذه الحالة التزام بتحقيق نتيجة[٤]. لكن إذا كان الأمر يتعلق بشىء خطير فقط ومشترى من عامة الناس فإن التزام البائع المهنى

---

(١) Com. 11 juil 1988, Bull. IV no 250; J. C. P. 88. IV. 343.

(٢) iv. 1, 3 juil 1985, Bull. I, no 211, Rev. trim. Dr. cv. 56. 3688, J. Huet.

(٣) انظر في ذلك:

Linant de Bellefands, et A. Hollande les contrats informatiques, 2e éd. Délmas, 1989; De Lambeterie, les contrats en informatique, Litec, 1983; P. et. Y. Poullet, les contrats informatiques, in Droit et prat. Du com. Inter. 1982, P. 87 – 108, 237 – 309.

(٤)

Civ. 1, 11 juin 1991, aff. Du Mobil – home, Bull. I, no 201, D. 93, som. 241, note O. Tournafond, J. C. P. 93.I. 3572, note G. Viney, Rev. trim. Dr. civ. 92, 114, note. P. Jourdain.

في هذه الحالة لا يقتصر فقط على التغليف المحكم والقوى ولكن أيضاً التحذير من خطورة الشيء[١] لكن في جميع الأحوال إذا كانت المعلومات قد أعطيت بطريقة مناسبة فإن المصنع لا يكون مسئولاً عن الضرر الذى يحدث نتيجة عدم الاحتراز في استعمال الشيء[٢].

وينكمش نطاق هذا الالتزام في حالة ماذا كان الشيء خطير والمشترى مهنى من نفس تخصص المنتج وقادر على معرفة الشيء[٣]. لكن عندما يكون الشيء جديد فإنه ينبغى على البائع أن يعطى للمشترى، ولو كان مهنياً، المعلومات المفيدة عن الشيء المبيع[٤].

ويتلاشى هذا الالتزام في حالة ما إذا كان الشيء غير خطير وكان المشترى مهنياً من نفس تخصص المنتج[٥]، إذ في هذه الحالة ليس هناك أى مسئولية على هذا الأخير، وهذا راجع إلى أن الضرر الذى قد يحدث في هذه الحالة سيكون بالضرورة نتيجة عدم احتراز من جانب المشترى. ولكن إذا كان المشترى مهنياً ولكنه ليس من نفس تخصص المنتج فإنه يخضع لنظام المشترى من عامة الناس، لأنه لا يفترض فيه العلم بالشيء[٦].

---

(١) Civ. 1, 14 déc. 1982, Bull. I, no 361, D. 83, I. R. 131, Rev. trim. Dr. civ. 83 – 544, note G. Durry.

فإذا كان الأمر يتعلق بمنتج زراعى خطير بالنسبة للعين، فيجب على المصنع أن يعلن ذلك ولا يكفى الإشارة إلى طريقة الاستخدام مع التنبيه بتجنب اتصاله لمدة طويلة بالجلد.

(٢) Civ. 2, 21 juin 1982, Bull. II, bo 573.

(٣) انظر على سبيل المثال Com. 8 janv. 1973, Bull. IV, bo 16.

(٤) Civ. 1, 4 mai 1994, Bull. I, no 153, D. 94, som. 236, note G. Paisante.

(٥) Civ. 1, 11 juin 1980, Bull.I, no 186, Rev. trim – dr – civ. 84. 734 note J. Huet, Rev. trim. Dr. com. 81 349, note J. Hémard.

(٦) Civ. 1, 9 déc. 1975, aff. Des melons crevés, Bull. I, no 361, D. 78. 205 note appr. R. Savatier, J. C. P. 77. II. 18588, note crit. Ph. Malinvaud.

ب ـ واجب النصيحة بالنسبة للأشياء المعقدة:

ويتسع نطاق الالتزام بالتبصير إلى أقصى مداه ليصل إلى حد إسداء النصح إلى المشترى وذلك عندما يتعلق الأمر بأشياء معقدة من الناحية التقنية، وخاصة وأنها تكون ذات كلفة عالية وتحتاج إلى خبرة فنية متقدمة سواء قبل البيع أو بعده.

فإذا تعلق الأمر مثلاً بالحاسب الآلى وبما يشمله من hardware (Le matériel) و Software (le logiciel) [١]، أو بجهاز أمن تليفزيونى[٢] فإنه يجب على البائع[٣] أن يعطى النصائح اللازمة حول شرائه واستعماله[٤]. وهذه النصائح يتسع نطاقها كلما كان الجهاز أكثر تعقيداً والمشترى حديث عهد بهذه الأجهزة – ويلاحظ هنا أن المشترى يكون غالباً من المهنيين ولكنه ليس من نفس تخصص البائع.

وهذا الالتزام يوجد من قبل إبرام العقد، حيث تذهب المحاكم غالباً إلى أن المورد[٥] يجب عليه إسداء النصح للمشترى فيما يتعلق بملاءمة الجهاز لاحتياجاته، وأن الإخلال بهذا الالتزام يمكن أن يشكل مسئوليته العقدية[٦] وهذا

---

(١) انظر في ذلك المراجع المتعلقة بعقود المعلوماتية السابق الإشارة إليها.

(٢) Civ. 1, 18 mai 1989, Bull. I, no 206.
والذى قضى أن "فنى التركيب لجهاز الأمن التليفزيونى عليه التزام بالنصيحة نحو عميله، وخاصة عندما يكون هذا الأخير حديث عهد بهذه الأجهزة".

(٣) وليس على المنتج على غير العادة، وذلك بالرغم من أن دور البائع في هذه القضية كان مقتصراً على مجرد تسليم الجهاز للموزع والذى كان قد سبق وأن طلبه ودون أن يكون له أى اتصال مع العملاء،
Com. 5 déc. 1989, Bull.IV, no 306, J. C.OP. 90. IV. 45.
ويعتبر هذا الحكم منفرداً في هذا المجال.

(٤) انظر على سبيل المثال Com. 17 mars 1981, Bull. IV, no 150.

(٥) Com. 5 déc 1989, Précité, D. 90. Som. 322, note J. Huet.
وقد قضى هذا الحكم بأن "واجب النصيحة يقع على عاتق الموزع فقط عندما يكون هو وحده على اتصال بالمشترى"

(٦) Com. 25 juin 1980, Bull. IV, no 276, Rev. trim. Dr. civ. 81. 157, note appr G Durry.

الالتزام يستمر إلى ما بعد إبرام العقد من أجل المساعدة على حسن استعمال الجهاز [1] وهذا الالتزام يمتد نطاقه بالقدر الذى لم يحسن فيه البائع تبصير العميل[2]. لكن البائع ليس عليه، بطبيعة الحال، التزام بإعطاء معلومات عن منافسيه[3].

ولا تقوم مسئولية البائع لمجرد أن الجهاز لم يكن له العائد المتوقع[4] لأنه يجب أن يقوم التعاون بين البائع والمتعاقد معه والذى يلتزم بإبلاغه بحاجاته[5].

وفى الغالب ما يلحق بالبيع عقد صيانة، يلتزم بمقتضاه المورد بصيانة الشىء المبيع[6].

ويتضح مما سبق أن البائع عليه التزام بالنصيحة وبالتبصير وعلى المشترى التزام بالاخطار. فإذا لم يتبع المشترى النصيحة التى أعطاها له البائع فإن هذا الأخير لا تقوم مسئوليته[7].

وهذا القضاء المتشدد تجاه المورد يبرره الطبيعة المعقدة للشىء المبيع. فتسليم الحاسب الآلى بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته

---

(١) Paris 12 juil 1972, J. C. P. 72, II, 17603, Gaz. Pal. 72. II. 804.
وقد قضى هذا الحكم بأن "تركيب أحد أجهزة المعلوماتية يتضمن من جانب المورد الالتزام بتسليم جهاز قادر على تلبية الاحتياجات المتوقعة ومساعدة فنية خلال فترة كافية للتأقلم".

(٢) Com. 28 oct. 1986, Bull. IV, no 195, J. C. P. 87. 12, Gaz. Pal. 86. II. 288.
وقد قضت المحكمة بفسخ العقد لخطأ من جانب البائع بالرغم من عدم استعمال المشترى للجهاز الاستعمال المناسب وبالرغم من أن البائع قد دفع بعدم قيام المشترى بالتزامه بالتعاون.

(٣) Com. 12 nov. 1992, Bull. IV, no 352,D. 93, som. 237 note D. Tournafond, J. C. P. 93. I. 3664, no 14, note G. Viney.

(٤) Paris, 3 déc. 1976, J. C. P. 77. II. 18579 note Boitart et Dubarry.

(٥) Com. 14 mars 1989, Bull. IV, no 89; J. C. P. 89. IV. 185.

(٦) انظر في نقل عقد الصيانة إلى المشترى من المشترى
Versaille, 21 mai 1986, D. 87. 266, note J. Huet.

(٧) انظر على سبيل المثال Com. 11 juin 1985, B. IV, no 188.

والانتفاع به دون عائق (م ٤٣٥ مدنى مصرى) لا يقتصر على نقل الملكية فحسب وإنما يشمل أيضاً صيانة الشيء ومد يد العون إلى المشترى. فعقد بهذه الكيفية المركبة يسبقه بصفة شبه دائمة إجراءات تمهيدية (كراسة شروط، ودراسة مسبقة) تحدد الأهداف المراد تحقيقها مما يقتضى التعاون الضيق بين الأطراف[١]. واجب النصيحة لا يوجد عندما تكون البضاعة بسيطة وذات مستوى موحد (مثل جهاز الحاسب الآلى الصغير) [٢].

وعندما يكون الشيء المبيع ذات مستوى موحد ولكن يجب تركيبه عن طريق متخصص، وكان الجهاز سليم ليس به أى عيب في التصنيع وتم تركيبه بطريقة خاطئة فإن الفنى المسئول عن التركيب هو الذى يكون مسئولاً عن العيوب الناشئة عن الاستعمال وليس له أن يرجع بضمان على المنتج وخاصة وأن تخصصه المهنى يسمح له بنفس القدر من المعرفة التى عند المنتج[٣].

جـ - واجب التعاون:

لم يعد هناك التزام من جانب واحد بالتبصير، فالاتجاه اليوم يذهب إلى الاستناد إلى واجب التعاون بين الطرفين. فالبائع عليه التزام بتبصير المشترى بكل ما يعرفه ويستفسر من هذا الأخير عما يرغبه، وبالمقابل على المشترى التزام بإخطار البائع بكل ما يرغبه وبالصعوبات التى تواجهه ويستفسر من البائع عما يعرفه هذا الأخير[٤] عن الشيء المبيع.

ولا يوجد واجب التعاون إلا بالقدر الذى يفرضه حسن النية الذى يجب أن يسود ليس فحسب عند إبرام العقد وإنما أيضاً عند تنفيذه. ولكن هذا المعيار غير محدد لأنه يعتمد على الظروف: صفة الأطراف، فالبائع ليس عنده ما

---

(١) I. De Lamberterie, les contrats en informatque; p. 288 et s. com. 17 mars; 1981. Bull. IV, no 150.

(٢) J. Huet, Responsabilité., no 82.

(٣) Civ. 1, 26 nov 1981, précité.

(٤) انظر في تفصيل ذلك: J. Huet, op. cit, no 11277, p. 222.

يبصر بـه المشترى الذى يستطيع بنفسـه أن يعرف كل ما يرغب فيه، وطبيعة الشـىء المبيع، فكلما كان ذو طبيعة معقدة كلما كان البائع وحده هو الذى يعرفه وبالتالى يتسع نطاق التزامه بالتبصير على النحو السابق بيانه.

٢ـ أساسه:

كـان المشروع التمهيدى للقانون المدنى يشتمل على نص المادة ٥٧٣ من هذا المشروع والتى تنص على أن "يلتزم البائع أن يزود المشترى بالبيانات الضرورية عن الشىء المبيع، وأن يقدم لـه الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشـىء" وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأن أحكامه "مستفادة من القواعد العامة"[1].

وفى الحقيقة وجود مثل هذا النص كان سيعطى للقضاء سلطة واسعة في تعقب تنفيذ الالتزام بالتبصير على النحو السابق بيانه. كما أن هذا النص كان سيساير التطورات الحديثة وخاصـة بالنسبة للأشياء والآلات الحديثة المعقدة والتى تستلزم حماية المشترى العادى في مواجهة منتجي وبائعى هذه الآلات الحديثة.

علـى أيـة حـال فقد حـذف النص علـى أسـاس أن أحكامـه مستفادة مـن القواعـد العامـة فكـيف لـنا الآن تأسـيس الالـتزام بالتبصـير علـى الـنحو الـذى بسطناه؟؟

يبدو لنا أنـه من الصعب تأسيس هذا الالتزام على الإرادة الضمنية لأن ذلك سيكون من قبيل الافتراض، وهذا يعد تفسيراً معيباً من الناحية الفنية.

هذا الالتزام يعتبر قريباً من الضمانات القانونية التى تنشأ عن البيع، فنجد أن المادة ٤٤٥/ ٢ مدنى تفترض اشتراط البائع عدم الضمان إذا كان حق الارتفاق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى، كما أنه إذا كان الاستحقاق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٥٥ هامش ١.

قد نشأ عن فعل الغير، فإن البائع لا يكون مسئولاً بشيء إذا أثبت أن المشترى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق (م ٤٤٦/ ٢ مدنى)، وكذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع (م ٤٤٧/ ٢ مدنى).

ويمكن أيضاً تبرير هذا الالتزام استناداً إلى النظرية العامة للالتزامات، فسبق أن رأينا أن المحاكم الفرنسية تلحق هذا الالتزام بالآثار التى يرتبها القانون على العقد (م ١١٣٥ مدنى فرنسى) والتى تقابل نص المادة ١٤٨/ ٢ مدنى والتى تنص على أن "لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"، أو بحسن النية التى يجب أن تسود بين الأطراف وبصفة خاصة عند تنفيذ العقد (م ١١٣٤/ ٣ مدنى فرنسى) والتى تقابل نص المادة ١٤٨/ ١ والتى تنص على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية".

وبناء عليه نحن نحض القضاء المصرى على أن يقتفى أثر القضاء الفرنسي في بسط الحماية على المشترى العادى الذى لا حول له ولا قوة إزاء الأجهزة الحديثة المعقدة والتى تبلغ أثمانها مبالغ طائلة ويحتاج تشغيلها وصيانتها إلى تعاون وثيق بين البائع والمشترى. وذلك استناداً إلى القواعد العامة التى أشارت إليها الأعمال التحضيرية للقانون المدنى بعدما حذفت نص المادة ٥٧٣ من المشروع التمهيدى رغم أهميته الحيوية.

المطلب الثانى

تنفيذ الالتزام

يتم التسليم بوضع المبيع بالحالة المتفق عليها تحت تصرف المشترى في الزمان والمكان المعينين. ويتحمل البائع بحسب الأصل نفقات تسليم المبيع.

هذا يقتضى منا الوقوف على كيفية التسليم، ثم نعرض بعد ذلك لظروف هذا التسليم، سواء من حيث الزمان أو المكان أو النفقات.

أولاً : كيفية التسليم:

تنص المادة ٤٣٥ مدنى مصرى على أن "١- يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، لو لم يستول عليه استيلاً مادياً، ما دام البائع قد أعلمه بذلك.ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشىء المبيع" "٢- ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشترى قبل البيع، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية".

١- القاعدة: أن التسليم يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستول عليه استيلاءً مادياً، ما دام البائع قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشىء.

على ضوء هذه القاعدة يجب أن نقف على عناصر التسليم المبرى لذمة البائع. ثم نعرض لصور التسليم.

عناصر التسليم المبرئ لذمة البائع: يجب أن يتوافر للتسليم عنصرين حتى تبرأ ذمة البائع من الالتزام بالتسليم.

العنصر الأول: وضع المبيع بالحالة المتفق عليها تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق.

يشترط أولاً أن يكون وضع المبيع تحت تصرف المشترى بالحالة المتفق عليها[١]، فأى تغيير في المبيع ثم وضعه تحت تصرف المشترى بعد ذلك لا يعتبر تنفيذاً لالتزام البائع بالتسليم. ويجوز في هذه الحالة للمشترى أن يطالب بالتسليم ويمكن جبر البائع عليه والحكم بغرامة تهديدية إن اقتضى الحال[٢].

---

(١) نقض ١٩٣٢/١٢/٨ الطعن رقم ٥٦ سنة ٢ق، سعيد شعلة، ص ٢٣٧.
Civ. 1, 20 mars 1989, Bull I. No 140. D. 89. I. R. 178.
(٢) om. 17 juil 1990, J. C. P. 90. I. 20436.

ووضع المبيع تحت تصرف المشترى يقتضى بطبيعة الحال أن يكون هذا الأخير متمكناً من حيازته والانتفاع به بحسب الغرض الذى أعد له دون حائل يحول دون ذلك، سواء كان الحائل نتيجة فعل البائع نفسه أو فعل الغير، وسواء كان هذا الغير يستند في فعله إلى حق يدعيه (تعرض قانونى) أو لا يستند (تعرض مادى). وعلى ذلك لا يتم التسليم ما بقى البائع مستمراً في شغل السكن بأمتعته، أو كانت هناك أختام موضوعة على العين تمنع المشترى من دخولها، أو كان هناك من يضع يده عليها غصباً أو مدعياً أن له حقاً، ما لم يكن هذا الحق نافذاً في حق المشترى، كحق المستأجر الذى ثبت تاريخ إيجاره قبل البيع.

لكن وضع المبيع تحت تصرف المشترى لا يقتضى انتقال الحيازة فعلاً إليه، بحيث يستولى على المبيع استيلاً مادياً، وإنما يكفى أن يكون المشترى متمكناً من ذلك فحسب. معنى ذلك أنه ليس هناك تلازم حتمى بين تسليم المبيع وانتقال حيازته. ويترتب على ذلك أن المشترى يمكن أن يعتبر مستوفياً لالتزام التسليم، ولكنه لا يعتبر مع ذلك حائزاً للمبيع. وما يستتبع ذلك من نتائج قانونية[1].

العنصر الثانى: أن يعلم البائع المشترى بوضع المبيع تحت تصرفه على النحو السابق. فإذا كان المشرع اكتفى في التسليم المبرئ لذمة البائع أن يكون بمجرد وضع المبيع تحت تصرف المشترى على النحو السابق بيانه ودون أن يستلزم إقترانه بتسلم من جانب المشترى، أى استيلاء مادى عليه من جانبه، فإنه اقتضى لترتيب هذا الأثر أن يخطر البائع المشترى بذلك حسماً لكل نزاع محتمل بينهما. ويتم الإخطار بكافة الطرق ويخضع في إثباته للقواعد العامة.

٢- صور التسليم: يحصل التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشىء المبيع (م ٤٣٥/ ١ مدنى مصرى).

وعلى ضوء ذلك سنعرض للتسليم الفعلى والتسليم الحكمى.

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٠٦ ص ٥٨٩ هامش ٣. انظر نقض ١٩٨٨/١١/٢٩ الطعن رقم ١٤٢٥ لسنة ٥٦ ق.

أ- **التسليم الفعلي**: وهذا التسليم يختلف باختلاف طبيعة المبيع.

- **ففي العقار** يتم التسليم بالتخلي عنه، فإذا كان دار يسكنها البائع، وجب عليه أن يخليها وأن يخرج منها أمتعته وأثاثه، وإذا كان العقار أرضاً زراعية يشغلها البائع، وجب عليه أن يتركها ويأخذ ما له فيها من مواش وآلات وغير ذلك، ثم يقوم البائع بعد ذلك من تمكين المشترى من الاستيلاء عليه دون عائق. ولكن قد يقتضى الأمر تسليم البائع للمشترى مفاتيح العقار، كما هو الشأن في المبانى والمنازل والأراضى الزراعية المحاطة بسياج مغلق، أو تسليم أوراق أو مستندات معينة، كتسليم السيارة يقتضى تسليم رخصة التسيير وبوليصة التأمين.

- **في المنقول**: يتم التسليم بما يتفق وطبيعته. فقد يكون تسليماً فعلياً، كأن يتم تسليم المبيع ذاته يداً بيد، أو بنقله من مكانه ووضعه تحت تصرف المشترى، وقد يتم تسليم المنقول بصورة رمزية tradition symbolique ويكون ذلك في حالة تسليم البائع للمشترى مفاتيح المبانى أو الصناديق التى تحتوى على المنقولات. ويتحقق هذا التسليم الرمزى أيضاً في حالة تظهير سندات الشحن أو الإيداع أو التخزين للمشترى إذا كان المنقول مشحوناً أو مودعاً أو مخزوناً في مكان ما. وقد يكون بمجرد تسليم هذا السند للمشترى إذا كان السند لحامله.

وقد يترتب على هذا التسليم الرمزى أن يحدث تعارض بين من تسلم المستندات كرمز لاستلام البضاعة وبين مشتر آخر قد تسلم بالفعل هذه البضاعة؛ في هذه الحالة يفض هذا التعارض لصالح المشترى الثانى متى كان حسن النية (م ٩٥٤ مدنى مصرى).

وقد يتم تسليم المنقول بوضع علامات المشترى أو أختامه على المبيع، فمثلاً في بيع الحيوان، فإنه يتم تسليمه بوضع علامة المشترى عليه بالرغم من

بقائه في القطيع عند البائع. وكذلك في بيع الأشجار، ما لم يكن البائع ملتزماً بالالتزامات أخرى، كقطعها، أو تصنيعها، أو نقلها.

- في المبيع غير المادى: كما لو تعلق الأمر بحق من الحقوق، فإذا كان هذا الحق عينياً، كحق المرور مثلاً، يكون التسليم عن طريق تسليم السند المثبت للحق، أو بالترخيص للمشترى في استعماله بشرط ألا يحول بينه وبين المرور حائل (٤٠٤ موجبات وعقود)[1] وإذا كان المبيع حقاً شخصياً، كما في حوالة الحق، فإن التسليم يكون عن طريق تسليم المحال سند الحق لتمكينه من استعماله في مواجهة المحال عليه فطريقة التسليم تتكيف حسب طبيعة المبيع[2].

إذا كان موضوع الحق غير مادى، وكان استعماله يستوجب وضع اليد على شىء ما، فعلى البائع حينئذ أن يمكن المشترى من وضع يده على هذا الشىء بدون مانع. فمثلاً إذا كان محل البيع براءة اختراع لشىء معين، فإن بيع هذه البراءة يقتضى أيضاً تسليم النموذج الأول لتنفيذها.

ب- التسليم الحكمى: ويتحقق هذا التسليم عندما لا يكون هناك تسليم فعلى وإنما يتم التسليم بالاتفاق بين الطرفين، أى بالتراضى على المبيع قد تم تسليمه من البائع إلى المشترى. فالتسليم يتحقق هنا بتصرف قانونى أو اتفاق، وليس بعمل مادى (م ٤٣٥/ ٢مدنى مصرى). [3]

ويتمثل التسليم الحكمى في صورتين:

الصورة الأولى: عندما يكون المبيع في حيازة المشترى قبل البيع، على سبيل الإيجار، أو العارية، أو الوديعة أو الرهن الحيازى أو غير ذلك. فالحيازة الفعلية متحققة أصلاً للمشترى قبل البيع ولذلك يكفى في هذه الحالة مجرد

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٦٩.
(٢) نفس المرجع ونفس الموضع.
(٣) نقض ١٩٩١/١/٢٠ الطعن رقم ١٧٤٧ لسنة ٥٨ ق.

الاتفاق على بقاء المبيع في حيازته لا كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن، بل كمالك لـه عن طريق الشراء. فالأمر يقتصر على تغيير نية المشترى في حيازته للمبيع.

الصـورة الثانيـة: عندما يبقى المبيع في حيازة البائع بعد البيع، لا باعتباره مالكاً وإنما باعتباره مستأجراً أو مستعيراً أو مودعاً عنده أو مرتهناً رهن حيازة، وفى هذه الحالة يكون بقاء المبيع تحت يده بصفة من هذه الصفات أو غيرها بمقتضى عقد يخول لـه ذلك مع المشترى.

وعندما يكون إحضار المبيع غير ممكن وقت البيع، وفى هذه الحالة يكتفى بالتراضى على حصول التسليم وقبول المشترى، ولو لم يحصل تسليم مادى. ومثال ذلك في بيع الخمر يكفى قبول وتأكيد المشترى لذلك بالرغم من عدم التسليم المادى[1].

ثانياً : ظروف التسليم:

وإذا كان التسليم يتحقق بتوافر عناصره، وبأى من الطرق السابق بيانها إلا أنه يلزم أن يتم في المكان والزمان المعينين، مع دفع ما يلزم من نفقات وعلى ذلك نقصد بظروف التسليم، المكان والزمان المعينين لتسليم المبيع، وكذلك تحديد الملتزم بنفقات هذا التسليم.

١ـ مكان التسليم:

القاعدة: أنه إذا لم يوجد اتفاق على مكان التسليم، فإن تحديد هذا المكان يتوقف على طبيعة الشىء المبيع فيما إذا كان شيئاً معيناً بالذات أو شيئاً معيناً بالنوع.

---

(١) Montpellier, 27 mai, 1948, J. C. P. 48 II. 4561 note Becqué

وقد أخذت بذلك محكمة النقض الفرنسية

Cim. 9 mai 1951, 4 esp. Bull. II. No 165.

وقارن ذلك بالنسبة لبيع المنقول بحسب المآل

Civ. 1, 13 juil 1982, Bull. I. no 262,Gaz Pal. 82. II, 67, note A. Piédeliévre.

أ- فإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات فإن مكان تسليمه هو المكان الذى كان موجوداً فيه وقت إبرام عقد البيع (م ٣٤٧/ ١ مدنى مصرى).

وإذا عين مكان لوجود المبيع غير المكان الذى يوجد فيه فعلاً، وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى المكان المعين إذا طلب المشترى نقله وهذا منطقى لأنه ذكر المكان في العقد وعدم الاتفاق على التسليم في مكان آخر يعنى انصراف الإرادة إلى أن يتم التسليم في المكان المذكور[1].

ب- أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع وجب تسليمه في المكان الذى يوجد فيه موطن البائع في الوقت الواجب فيه التسليم، أو في المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله إذا كان البيع متعلقاً بهذه الأعمال (م ٣٤٧/ ٢مدنى مصرى) وذلك تطبيقاً لقاعدة أن "الشيء مطلوب لا محمول" "la chose étant quérable et non portable".

جـ - إذا كان المبيع واجب التصدير إلى المشترى، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك" (م ٤٣٦ مدنى مصرى).

وبذلك يكون المشرع قد خرج على القواعد العامة السابقة. وبناء على ذلك فإنه إذا لم يوجد اتفاق على مكان تسليم المبيع الواجب تصديره للمشترى، فإنه لا يكفى إذن أن يقوم البائع بوضع المنقول الواجب تصديره تحت تصرف المشترى وإعلامه بذلك حتى يتم التسليم. وإنما يلزم أن يصل المنقول إليه حتى يتم بذلك تسليمه له، فإذا وصل إليه ولم يوجد عائق يحول دون الاستيلاء عليه فيعتبر التسليم قد تم ولو لم يستول عليه فعلاً. وسيترتب على ذلك أن يتحمل

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحال يشتمل على نص يعين مكان تسليم المبيع، فكانت المادة ٥٧٩ من هذا المشروع تنص على أنه "١- يجب أن يتم التسليم في المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت تمام العقد، ما لم يتفق على غير ذلك. ٢- فإذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده، اعتبر موجوداً في موطن البائع" وقد حذفت هذه المادة لأنها مستفادة من القواعد العامة. مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٧١ في الهامش وص ٧٤ في الهامش. وهذا النص يستفاد حكمه من القواعد العامة المقرر في صدد الوفاء بالالتزام والمتضمن في نص المادة ٣٤٧ مدنى.

البائع تبعة هلاك الشيء في الطريق كما سنرى فيما بعد.

٢ـ زمان التسليم:

القاعدة: إنه إذا لم يوجد اتفاق على زمان التسليم فإنه يجب التفرقة بين البيوع المدنية والبيوع التجارية.

ـ في البيوع المدنية: يجب أن يتم التسليم فور انعقاد العقد مع مراعاة المواعيد التي تستلزمها طبيعة المبيع أو يقتضيها العرف (م ٣٤٦/ ١ مدني مصري) والتي قد تستلزم إعطاء البائع مهلة لاخراج البضائع من المخازن، أو نقل المبيع إلى المكان الواجب فيه التسليم[1] وتحدد المحاكم عادة مدة معقولة للقيام بذلك[2]. على أنه يلاحظ أنه كان الالتزام بالتسليم حالاً، وجب على البائع أن يقوم به ولو اتفق على تأجيل دفع الثمن، أما إذا كان التزام المشترى بدفع الثمن مستحق الأداء أيضاً ولو يقم المشترى بالدفع كان للبائع أن يمتنع عن التسليم إعمالاً لحقه في الحبس كما سنرى.

ـ في البيوع التجارية: فإن زمان التسليم يتوقف على العرف المتبع، إذا وجد[3]. فقد يقضى العرف بالتسليم في ميعاد معين، وهو ما يقع كثيراً في التعامل التجاري[4]. وفي ذلك تنص المادة ٩٣ قانون تجارى جديد على أنه "١ـ إذا لم يحدد ميعاد للتسليم وجب أن يتم التسليم بمجرد إبرام العقد ما لم تستلزم طبيعة المبيع أو يقضى العرف بتحديد ميعاد آخر". "٢ـ فإذا اتفق على أن يكون

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي يشتمل على نص معين زمان تسليم المبيع. وكانت المادة ٥٧٨ من هذا المشروع تنص على أنه "يجب أن يتم التسليم في الوقت الذي حدده العقد، فإذا لم يحدد العقد وقتاً لذلك وجب تسليم المبيع في الوقت الذي يتم فيه العقد، مع مراعاة المواعيد التي تستلزمها طبيعة المبيع أو يقتضيها العرف" وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من القواعد العامة" مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٧١ في الهامش، وص ٧٤ في الهامش.

(٢) Civ. 3, 10 avr. 1973,Bull. III, no 274.

(٣) Com. 8 oct. 1956, Bull. III, no 225; Rev. trim, dr. com. 57. 429 note J. Hémard.

(٤) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٠٨ ص ٥٩٤.

للمشترى تحديد ميعاد التسليم التزم البائع بالتسليم في الميعاد الذى يحدده المشترى مع مراعاة المدة التى تستلزمها طبيعة المبيع لاعداده التسليم".

لكن إذا تم الاتفاق على ميعاد معين للتسليم، فإن هذا الميعاد قد يكون محدداً بدقة(١) وقد يكون محدداً على نحو تقريبى مما قد يستتبع تحمل نتائج التأخير. فإذا لم يكن هناك تحديد على هذا النحو أو ذاك فإن القاضى يأخذ في اعتباره العرف أو الأغراض المقصودة من التعاقد(٢) ولكن يبقى الميعاد، بصفة عامة، لـه طابع تقريبى. أما إذا كان الميعاد محدداً بدقة فإن المشترى ليس بحاجة إلى إعذار البائع لأنه بمجرد حلوله يبرر للمشترى فسخ العقد نتيجة تقصير البائع(٣).

وإذا كان هناك اتفاق على عدم مسئولية البائع في حالة التأخير، فإن هذا الشرط يعتبر من قبيل الشروط التعسفية ويجوز للقاضى أن يبطله لأن المشترى سيكون في هذه الحالة تحت رحمة البائع(٤). في البيوع التجارية من النادر أن يمنح القاضى للبائع مهلة للوفاء بالتزامه بالتسليم لأن زمان التسليم له أهمية كبيرة في هذا المجال حيث أن نشاط التاجر يتوقف، غالباً، على انتظام البائع في الوفاء بالتزامه(٥).

---

(١) Paris, 22 juin 1983, D. 85. I. R., 43, noteJ. Huet.

وقارن:

Com. 4 juin 1980; Bull. IV no 239.

حيث أنه كان مشترطا في العقد أن التسليم يجب أن يتم في تاريخ معين "على قدر المستطاع" ولذلك قضت المحكمة بأنه إذا تم التسليم بعد هذا التاريخ فإن ذلك لا يبرر الفسخ. انظر أيضاً نقض ١٩٥١/٢/٨ الطعن رقم ١٤٤ سنة ١٨ق، سعيد شعلة ص ٢٣٦.

(٢) Com. 16 janv. 1973, J. C.P., 73, II. 17563.

(٣) Trib. Grand. Inst.Paris; 9 mars 1977, Gaz.Pal.-11 – 12 déc., Rev. trim. Dr. civ. 78. 150, note G. Cornu.

(٤) Civ. 1, 16 juil 1987, Bull. I., no 226, D. 88. 49, note J. Calais – Auloy, J. C. P. 88. II. 21001, note G. Paisant.

(٥) Le Gall. Le retard dans la livraison des marchandises vendues Rev. trim. Dr. com 1963, 239.

- حق البائع في الدفع بعدم التنفيذ[1]:

تنص المادة ٤٥٩ مدني على أنه "١- إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال فللبائع أن يحبس المبيع حق يستفى ما هو مستحق له ولو قدم المشترى رهناً أو كفالة. هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلاً بعد البيع"

"٢- وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشترى في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣".

يتضح من النصوص السابقة أن المشرع قد أقر للبائع الحق في الدفع بعدم التنفيذ المقرر في القواعد العامة مع الخروج على هذه القواعد في بعض الأحكام.

ولدراسة حق البائع في الدفع بعدم التنفيذ فإنه يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان التزامات كل من البائع والمشترى مستحقة الأداء. بمعنى أن التزام المشترى بدفع الثمن مستحق الأداء ابتداء أو بعد حلول الأجل وكان التزام البائع بالتسليم أيضاً مستحق الأداء ابتداء أو بعد حلول الأجل، ولم يقم المشترى بدفع الثمن كله أو الجزء المستحق الأداء منه، جاز البائع أن يدفع بعدم تنفيذه لالتزامه بالتسليم. ويكون امتناع البائع عن التسليم في هذه الحالة امتناعاً مشروعاً إذ يجد مبرره في عدم وفاء المشترى بما عليه من التزام مقابل.

والبائع يستطيع أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ. في حالة ما إذا منح القاضي المشترى أجلاً للوفاء بالثمن، إذ أن الأجل القضائي لا يحول دون التمسك بهذا الدفع. بينما منح البائع أجلاً للمشترى بعد العقد يحول دون استعمال البائع لحقه في الدفع بعدم التنفيذ. كما أن للبائع أن يتمسك بالدفع بعدم تنفيذ

---

(١) جرى الفقه على اعتباره حقاً في الحبس، أنظر في الفرق بين الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ، مؤلفنا، في الأحكام، ص ١٨٧، ومؤلفنا في الضمانات غير المسماة السابق الإشارة إليه، ص ٣٤ وما بعدها.

التزامه بالتسليم ولو قدم المشترى له رهناً أو كفالة "م ٤٥٩/ ١ مدنى مصرى) والعلة في ذلك أنه في العقود الملزمة للجانبين أن سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر. ولذلك فإن هذا التقابل في الالتزامات يعطى لمن كان التزامه مستحقاً أن يمتنع عن التنفيذ متمسكاً بأن الالتزام المقابل لم يتم تنفيذه إذا كان هذا الالتزام المقابل مستحق الأداء. وهذا الدفع وسيلة مباشرة فعالة وسهلة للضغط للحصول على تنفيذ الالتزام المقابل، أما وسائل الضمان الأخرى، تأميناً عينياً كان أو شخصياً، يستلزم الكثير من الإجراءات لوصول البائع إلى حقه، كما أنه قد يتعرض مع ذلك لمخاطر عدم الحصول على حقه كاملاً. ولذلك كان منطقياً ألا يجبر البائع على التنازل عن وسيلة سهلة ومباشرة وفعالة في يديه ليحل محلها وسيلة أخرى ليس لها نفس الخصائص كما أن نتيجتها غير مؤكدة.

الفرض الثاني: إذا كان الثمن مؤجلاً أصلاً ولكنه سقط لسبب من أسباب سقوط الأجل المنصوص عليها في المادة ٢٧٣ مدنى مصرى، وهذه الأسباب هى إفلاس المشترى أو إعساره، أو إضعاف التأمينات التى قدمها للبائع إلى حد كبير، أو عدم تقديم المشترى ما وعد به في البيع من التأمينات. في هذه الحالات سيصبح التزام المشترى بدفع الثمن حالاً ومستحق الأداء وبالتالى يستطيع البائع أن يدفع بعدم التنفيذ إلى أن يستوفى الثمن. ومقتضى تطبيق المادة ٢٧٣ مدنى يؤدى إلى أنه يمتنع على البائع التمسك بهذا الدفع إذا قدم المشترى للبائع تأميناً كافياً، وبذلك لم يخرج المشرع على القواعد العامة كما فعل في الفقرة الأولى من المادة ٤٥٩ مدنى والعلة في ذلك أن الثمن في هذا الفرض لم يكن في الأصل مستحق الأداء، على خلاف الفرض الأول، وبالتالى ليس للبائع أن يتضرر من شيء ما دام المشترى قد قدم له ما يكفل له استيفاء حقه عند استحقاقه.

٣ـ نفقات التسليم:

القـاعدة: أنـه إذا لـم يوجد اتفـاق أو عرف على من يتحمل نفقات التسليم فإن الأصل أن البائع هو الذى يلتزم بها لأنه المدين بالالتزام بالتسليم[١] (م ٣٤٨ مدنى مصرى).

وتشمل نفقات التسليم مصروفات الفرز للمبيع تمهيداً لتسلميه بالوزن أو المقـاس أو بالكيل أو بـالعد، ومصـروفات التغليـف والحـزم والـنقل إلـى مكـان التسليم وغير ذلك من مصروفات للقيام لازمة بعملية التسليم على النحو السابق بيانه. بالنسبة للمنقول الواجب التصـدير فـإن تسليمه لا يـتم إلا بوصـولـه إلـى المشترى، ولذلك فإن نفقات الشحن تكون على البائع.

المبحث الثانى

عدم تنفيذ الالتزام وأثره

في هذا المبحث نود أن نقف على جزاء إخلال البائع بالتزامه بالتسليم، ونتعرف على أثر هلاك المبيع على التزام البائع بالتسليم.

المطلب الأول

جزاء الإخلال بالالتزام

يخضـع جـزاء إخـلال الـبائع بالـتزامه بالتسـليم للقواعـد العامـة، وهـى مطالـبة المشـترى للـبائع بالتنفـيذ العيـنى، أو المطالـبة بالفسـخ والـتعويض، وبالتعويض في الحالتين إن كان لـه مقتضى.

---

(١) وكـان المشروع التمهيدى للقـانون المدنـى الحـالى يتضـمن نصـا يحدد من تكون عليه نفقـات تسليم المبيع، فكانت المادة ٥٨٠ من هذا المشروع تنص على أن "نفقات التسليم على البائع إلا إذا وجد اتفـاق أو عرف يقضـى بغير ذلك، ويدخل في هذه النفقات ما صرف على المبيع في نقلـه إلى مكان التنفيذ وفى مقاسه ووزنه وحزمه" قد حذفت هذه المـادة لأن حكمها مستفاد من القاعدى العامة مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٧٣، ص ٧٤.

أولاً – التنفيذ العينى والتعويض إن كان لـه مقتضى:

إذا أخل البائع بالتزامه بالتسليم على النحو السابق بيانه، فامتنع عن التسليم دون مسوغ قانونى، أو سلم المبيع في غير الحالة التى كان عليها وقت البيع، أو تأخر في التسليم عن زمانه، أو أراد تسليم المبيع في غير مكانه، أو ارتكب أية مخالفة أخرى لأحكام التسليم السابقة[1] فإن المشترى يستطيع أن يطالبه بالتنفيذ العينى إذا كان ممكناً.

فللمشترى بعد إعذار البائع أن يجبره على تنفيذ التزامه عيناً (م٢٠٣/ ٢ مدنى مصرى) طالما توافرت شروط التنفيذ العينى. ويكون التنفيذ العينى بالوسيلة التى تتفق وطبيعة المبيع. فإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات طلب المشترى تسليمها إليه جبراً على البائع إذا كان ذلك ممكناً، ويكون التسليم ممكناً ما بقى المبيع في يد البائع، أما إذا تصرف فيه البائع مرة أخرى فيكون التسليم غير ممكن[2] وليس أمام المشترى من مجال إلا المطالبة بالفسخ والتعويض على النحو الذى سوف نراه. أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع ولم يقم البائع بالإفراز والتسليم فإنه يكون للمشترى الحصول على شىء من نفس نوع المبيع على نفقة البائع[3] وذلك بعد استئذان القضاء أو دون استئذانه في حالة الاستعجال طبقاً للقواعد العامة (م ٢٠٥/ ٢ مدنى).

فإذا لم يتوافر شرط من شروط التنفيذ العينى طبقاً للقواعد العامة، كأن يكون التنفيذ العينى غير ممكن أو مرهقاً للبائع أو فيه مساس بشخصه، أو إذا كان التنفيذ العينى ممكناً ولكن لم يطلبه المشترى ولم يعرضه البائع فإن الأمر سيتمحض في النهاية عن الحكم على البائع بالتعويض.

---

(١) السنهورى، الوسيط جـ ٤ فقرة ٣١٤ ص ٩٠٣.
(٢) نقض ١٩٧٠/١٢/١٧ مجموعة أحكام النقض، س ٢١ ص ١٢٥٥.
(٣) نقض ١٩٥٩/١٠/٢٢ مجموعة أحكام النقض س ١٠ ص ٥٩٠، ١٩٥٩/١١/١٢ س ١٠ ص ٦٤١.

كما يجوز للمشترى المطالبة بالتعويض إذا لم يتم التنفيذ العينى بالكيفية المتفق عليها، كأن لم يتم التسليم في زمانه أو في مكانه أو لأية مخالفة أخرى لهذا الالتزام.

ثانياً – الفسخ والتعويض إن كان لـه مقتضى:

يجوز طبقاً للقواعد العامة أن يطالب المشترى بفسخ البيع باعتباره عقداً ملزماً للجانبين. ولكن للقاضى سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال. فالقاضى لا يلزم بالاستجابة إلى طلب المشترى بالفسخ، فذلك جوازى بالنسبة لـه. فللقاضى سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ أو بتنفيذ العقد، فيجوز لـه أن يرفض الاستجابة إلى طلب الفسخ إذا كان ما لم يف بـه البائع قليل الأهمية بالنسبة إلى التزامه بالتسليم في جملته، كأن يكون الاختلاف طفيف بين العينة والبضاعة المسلمة[1]، ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلاً للتنفيذ إذا وجد في ظروف البائع ما يبرر ذلك، كأن يكون لـه عذر مقبول فى التأخر في التسليم، أو أن المشترى لم يصبه ضرر يذكر من هذا التأخير. ولا يحول دون منح القاضى مهلة للبائع أن يكون المشترى قد سبق وأعذر البائع، لكن في هذه الحالة لا يستطيع القاضى أن يعطى البائع مهلة جديدة، بل إن عدم قيامه بالتسليم في خلال الأجل الممنوح لـه من القاضى يترتب عليه فسخ البيع ولو لم ينص القاضى في حكمه على ذلك. وهذه المهلة لا تحول دون استعمال المشترى الدفع بعدم التنفيذ، أى حقه في الامتناع عن الوفاء بالثمن إلى أن يتم التسليم.

ويجوز المشترى طالب الفسخ أن يعدل عن طلبه أثناء الدعوى ويطالب بالتنفيذ العينى لأنـه هو الأصل، وكذلك للبائع أن يتوقى طلب الفسخ إذا قام بالتسليم ولو كان ذلك أثناء نظر الدعوى وقبل صدور الحكم النهائى[2].

---

(١) نقض ١٩٥٩/١١/١٢ مجموعة أحكام النقض، س ١٠ ص ٦٥٩.

(٢) قارن نقض ١٩٦٢/١١/٨، س ١٣ ص ٩٩٢.

وأخيراً يجوز للقاضي أن يحكم بالفسخ إذا رأى أن هناك ظروفاً تبرر ذلك، كأن يتبين له أن البائع تعمد عدم التسليم، أو أهمل فيه إهمالاً واضحاً، كأن ترك المبيع يهلك بتقصير منه[1] أو تأخر فيه تأخراً طويلاً رغم أعذاره.

وللمشترى أن يطالب البائع بتعويض إلى جانب طلبه بالفسخ وللمحكمة سلطة تقديرية في هذا الخصوص. فقد يحكم القاضي بالفسخ فقط دون أن يحكم بالتعويض. وقد يجدد القاضي أن ما أصاب المشترى، من جراء عدم التسليم من جانب البائع، من ضرر لا يكفي إزالته مجرد الفسخ فيحكم في هذه الحالة إلى جانب فسخ البيع بالتعويض. فإذا كان سعر المبيع في السوق قد ارتفع عما كان عليه وقت إبرام العقد فإنه يكون للمشترى أن يطالب فوق استرداده الثمن إذا كان دفعه بتعويض عن فروق الأسعار التى سيضطر إلى الشراء بها من جديد بعد فسخ العقد الأول، وفوائد الثمن الذى حرم من استغلاله.

المطلب الثانى

هلاك المبيع قبل التسليم

هذا الهلاك قد يكون نتيجة لخطأ من أحد المتعاقدين، وقد يكون بقوة قاهرة. ولذلك يجب أن نقف على الحكم في كل من الحالتين للتعرف على من تقع عليه تبعة الهلاك.

أولاً: الهلاك بخطأ أحد المتعاقدين:

قد يحدث أن يكون هلاك المبيع بفعل البائع أو المشترى قبل التسليم.فما أثر ذلك على التزام البائع بالتسليم؟

١- إذا كان الهلاك أو التلف بفعل البائع، فإنه يترتب على ذلك إخلاله بالتزامه بالتسليم حيث أن الالتزام بالتسليم ذاته يتضمن الالتزام بالمحافظة على المبيع حتى يتم التسليم.

---

(١) نقض ١٩٥٦/٦/٢٨ مجموعة أحكام النقض، س ٧ ص ٧٦٧.

وموقف المشترى من ذلك لا يخرج عن أحد أمرين:

- أما المطالبة بالتنفيذ العينى إذا كان ممكناً، كما لو كان هلاك المبيع هلاكاً جزئياً فيجوز للمشترى في هذه الحالة أن يطلب إصلاح المبيع على نفقة البائع. كما لـه أن يطلب إنقاص الثمن. ولا يقف هذا الإنقاص عند نسبة الجزء الـهالك أو التالف فقط وإنما يراعى فيه ما أصاب المشترى من ضرر نتيجة حصولـه على شيء لا يتفق مع حالته التى كان عليها وقت العقد. وإذا كان المبيع من المثليات وهلك أو تعيب بفعل البائع، فإنه يكون عليه أن يسلم ما يماثلـه صفة ومقداراً مع احتفاظ المشترى بحقه في طلب التعويض إن كان لـه مقتضى.

- إما المطالبة بفسخ البيع، وفى هذه الحالـة لا يقتصر حق المشترى على استرداد الثمن إذا كان قد دفعه أو الامتناع عن دفعه إن لم يكن قد دفعه، بل يكون لـه الحق في المطالبة بالتعويض عن كل ما أصابه من ضرر.

٢- إذا كان الـهلاك أو التلف بفعل المشترى، وجب عليه أن يدفع الثمن كاملاً إذا لم يكن دفعه، ولا يسترده بطبيعة الحال إذا كان قد دفعه وكان ملزماً باستلام المبيع على حالته، وكان الـهلاك على عاتق المشترى لأنـه هو الذى تسبب فيه؛ وبالتالى لا يجوز لـه أن يطلب الفسخ أو انقاص الثمن[1].

ثانياً : الـهلاك بقوة قاهرة:

وهنا سنعرض لتبعة الـهلاك، ثم نبين بعد ذلك متى تنتقل هذه التبعة.

١- تبعة الـهلاك:

قد أورد المشرع بصـدد عقد البيع أحكاماً لا تعـدو أن تكون تطبيقاً

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً ينص على هذه الأحكام وهو نص المادة ٥٨٣ والذى ينص على أنه "في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين السابقتين، إذا كان الـهلاك أو نقص القيمة بفعل المشترى، وجب دفع الثمن كاملاً. أما إذا كان بفعل البائع، فإن طلب المشترى فسخ البيع ألزم البائع بالتعويض، وإن طلب بقاء العقد وجب إنقاص الثمن "وقد حذفت لجنة المراجع هذه المادة لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة" مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٧٧.

للقواعد العامة. ولنعرض لذلك بصدد الهلاك الكلى، والهلاك الجزئى.

أ – الهلاك الكلى:

تنص المادة ٤٣٧ مدنى مصرى على أنه "إذا هلك المبيع قبل التسليم. لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسلم المبيع".

القاعدة في القانون المصرى: أن تبعة هلاك المبيع بسبب قوة قاهرة قبل التسليم تقع على البائع باعتباره المدين بالتسليم وبصرف النظر عن انتقال الملكية أو عدم انتقالها للمشترى.

ويتضح من ذلك أن المشرع المصرى قد جعل مناط تبعة الهلاك في العقود الملزمة للجانبين الناقلة للملكية على المدين بالتسليم ولو كان قد أصبح غير مالك بأن كانت الملكية قد انتقلت إلى الطرف الآخر تنفيذاً للالتزام بنقل الملكية. ذلك أن إنقضاء الالتزام بالتسليم نتيجة لاستحالة تنفيذه لهلاك الشيء بقوة قاهرة، يؤدى حتماً إلى انقضاء التزام الطرف الآخر بأداء المقابل وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (م ١٥٩ مدنى) ومقتضى ذلك أن للمشترى أن يسترد الثمن من البائع إذا كان قد دفعه أو أن يمتنع عن دفعه إذا كان لم يدفعه. فيخرج البائع، بانفساخ البيع على هذا الوجه، وقد خسر المبيع وخسر الثمن، فيكون هو الذى تحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم[1].

هذه هى القواعد العامة والتى أورد المشرع تطبيقاً لها في صدد عقد البيع في المادة ٤٣٧ مدنى.

وهذا التأصيل يخرج عن ما هو مستقر عليه في القوانين اللاتينية، وعلى رأسها القانون الفرنسى والقانون اللبنانى، ويتفق مع أحكام الفقه الإسلامى

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣١٨ ص ٦١١.

وهى تجعل الهلاك على البائع قبل التسليم[١]. فالقانون الفرنسى والقانون اللبنانى جعلا مناط تبعة الهلاك هو انتقال الملكية[٢].

ويبرر هذه القاعدة في القانون المصرى بأن الالتزام بالتسليم في هذه الحالة ليس في حقيقته إلا التزاماً مكملاً للالتزام بنقل الملكية. فالالتزام بالتسليم ولو أنه التزام تبعى إلا أنه ليس التزاماً ثانوياً، بل إن تنفيذه ضرورى لكى يستكمل فعلاً تنفيذ الالتزام الأصلى بنقل الملكية إذ لا تخلص الملكية فعلاً للمشترى إلا بالتسليم، ومن ثم كان الهلاك على البائع، وهو مدين بنقل الملكية والتسليم معاً[٣] أما إذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلاً أى غير متفرع عن الالتزام بنقل الملكية، كالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر والتزام المستأجر بردها للمؤجر، ففى هذه الحالة وغيرها يكون هلاك الشىء الواجب التسليم على مالكه ولو هلك قبل التسليم. فإذا هلكت العين المؤجرة بقوة قاهرة قبل أن يسلمها المؤجر للمستأجر، فإنها تهلك على المؤجر باعتباره المالك. وكذلك إذا هلكت هذه العين بقوة قاهرة قبل أن يردها المستأجر للمؤجر، فإنها تهلك على المؤجر أيضاً باعتباره المالك. ذلك أن الأصل في الهلاك أن يكون على المالك[٤] "res perit domins".

وعلى ذلك فإن تبعة الهلاك تظل على البائع إلى أن ينفذ التزامه بالتسليم حتى ولو انتقلت الملكية حيث إنه لا تخلص الملكية فعلاً للمشترى إلا بهذا التسليم. فإذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات وانتقلت ملكيته إلى المشترى

---

(١) المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٧٥.

(٢) أنظر المادة ٣/٣٩٦ موجبات وعقود، وكذلك المواد ٣٩٧ – ٤٠٠ من نفس القانون.

(٣) وقد طبق المشرع هذه القاعدة على العقود الملزمة للجانبين الناقلة للملكية كالبيع والشركة (م ٥١١ مدنى).

(٤) انظر السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣١٦ ص ٦٠٩. ويراد بالهلاك هو زوال الشىء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية ومن ثم فإن استيلاء الإصلاح الزراعى – بعد البيع – على قدر من الأطيان المبيعة لا يعد هلاكاً لهذا القدر تجرى عليه أحكام الهلاك في المبيع، نقض ١٩٦٦/٢/١ مجموعة أحكام النقض، س ١٧ ص ٢٠٥، ١٩٧١/٢/١٦ س ٢٢ ص ١٨٨. ولا يصدق أيضاً على التأميم نقض ١٩٦٨/٢/٢٦ س ١٩ ص ١٥٦٥.

بسجل العقد ثم هلك بقوة قاهرة قبل التسليم كان الهلاك على البائع وكذلك إذا كان منقولا معينا بالنوع ثم أفرز وانتقلت الملكية إلى المشترى ولكن تراخى التسليم فهلك المبيع بقوة قاهرة فإن الهلاك على البائع. ونفس الحكم لو كان المبيع عقارا وسجل البيع قبل التسليم فانتقلت الملكية إلى المشترى ثم هلك العقار، كبناء انهدم بقوة قاهرة، فإن الهلاك على البائع.

ولكن إذا ما تم التسليم، فإن تبعة الهلاك تنتقل إلى المشترى ولو لم تنتقل الملكية، فإذا سلم البائع العقار إلى المشترى ولم يسجل العقد ثم هلك بقوة قاهرة كان الهلاك على المشترى.

ويلاحظ أن المقصود بالتسليم الذى ترتبط به تبعة الهلاك هو التسليم بالمعنى الذى حددناه، أى يضع البائع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق مع إعلام البائع للمشترى بذلك، فإذا ما تم التسليم على هذا النحو انتقلت تبعة الهلاك إلى المشترى ولو لم يستول عليه استيلاء فعليا أو ماديا. وكذلك تنتقل تبعة الهلاك إلى المشترى إذا تم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين على النحو السابق بيانه، وكذلك تنتقل تبعته إلى المشترى في حالة التسليم الرمزى على النحو السابق بيانه. وفى حالة المبيع الواجب التصدير فإن تبعة الهلاك تكون على البائع إلى أن يصل المبيع إلى المشترى، وإذا وصل إليه وكان في استطاعته حيازته دون عائق انتقلت إليه تبعة الهلاك ولو لم يستول عليه فعلا[1].

- **في مجال التجارة الدولية**: نجد معاهدة فيينا في ١١ أبريل ١٩٨٠ والمتعلقة بالبيع الدولى للبضائع قد جعلت مناط تبعة الهلاك التسليم (م ٦٧) السيطرة المادية على الشىء لا نقل الملكية. ويبرر ذلك بأن الحائز يستطيع، في الواقع، أن يتخذ من الإجراءات، ما هو ضرورى لحماية المبيع من الهلاك.

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرى ٧٣ ص ١٤٤.

ب - الهلاك الجزئي.

تنص المادة ٤٣٨ مدني مصري على أنه "إذا انقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن".

وهذا النص يواجه الفرض الذي يكون فيه هلاك جزئي أو نقص بقيمة المبيع نتيجة لقوة قاهرة بالرغم من أنه لم يشر إلى ذلك صراحة إلا أنه يستفاد من إشارة النص حيث أن النص قد قصر الجزاء على الفسخ أو طلب الإنقاص وهذا لا يكون إلا إذا كان التلف لسبب أجنبي لأنه لو كان التلف بخطأ البائع لكان من حق المشتري – إلى جانب الإنقاص أو الفسخ، الحق في طلب التنفيذ العيني أي طلب إصلاح التلف[1] وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية أن المقصود هو التلف بقوة قاهرة إذ تقول "وفي كل ما تقدم (م ٥٨١- ٥٨٢) يفترض أن الهلاك بقوة قاهرة ..."[2].

والقاعدة بصدد الهلاك الجزئي أو نقص القيمة، أن تبعة هذا الهلاك أو التلف قبل تسليم المبيع على البائع أيضاً. وعلة ذلك أن البائع ملزم بتسلم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت العقد. وهذا الالتزام متفرع من الالتزام بنقل الملكية، فإذا لم يقم به البائع كاملاً دون نقص أو تلف كان مسئولاً، حتى لو رجع ذلك إلى قوة قاهرة، فتكون التبعة عليه كما كانت التبعة عليه في حالة الهلاك الكلي[3].

ولذلك قد فتح المشرع في حالة الهلاك الجزئي الخيار للمشتري بين الفسخ أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من المبيع أو نقص من قيمته،

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٤ ص ١٤٤.
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٧٩ والمادتان ٥٨١ – ٥٨٢ المشار إليهما تقابلان المادتين ٤٣٧ – ٤٣٨.
(٣) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٢٣ ص ٦١٧.

دون أن يكون لـه، بطبيعة الحال، حق في التعويض لأن الـهلاك أو النقص قد حدث بقوة قاهرة.

ولكن يشترط للاستجابة إلى طلب المشترى بفسخ البيع أن يكون الـهلاك أو نقص القيمة بلغ حداً من الجسامة بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتمَ البيع. فإذا لم يبلغ النقص هذا الحد اقتصر حق المشترى على طلب إنقاص الثمن.

٢- انتقال تبعة الـهلاك:

سبق أن رأينا أن القاعدة العامة في القانون المصرى أن تبعة الـهلاك أو التلف تكون على البائع إلى أن يتم التسليم فتنتقل إلى المشترى. ومع ذلك فإن هناك حالات تنتقل فيها تبعة الـهلاك من البائع إلى المشترى قبل التسليم. ولنعرض لـهذه الحالات في الفقرات التالية:

أولاً: تجدر الإشارة إلى أن القاعدة السابقة من القواعد المكملة لإرادة المتعاقدين، ولذلك يجوز أن يتفق البائع والمشترى على خلافها، بأن تكون تبعة الـهلاك أو التلف على المشترى عند إبرام العقد، أى قبل التسليم.

ثانياً: يترتب على إعذار البائع للمشترى بتسلم المبيع انتقال تبعة الـهلاك أو التلف من البائع إلى المشترى (م ٤٣٧ مدنى) ولكى ينتج الأعذار هذا الأثر يجب أن يكون التزام المشترى بتسلم المبيع مستحق الأداء. وعلى ذلك إذا أعذر البائع المشترى ليتسلم المبيع قبل الأجل المشروط لمصلحة المشترى فلا يترتب على هذا الإعذار نقل تبعة الـهلاك.

ثالثاً: إذا استعمل البائع حقه في الدفع بعدم التنفيذ وامتنع عن تسليم المبيع لأن المشترى لم يقم بدفع الثمن المستحق الأداء، وحدث في هذه الأثناء هلاك أو تلف للمبيع بقوة قاهرة فإن تبعة الـهلاك تقع على المشترى لا على البائع لأن امتناع البائع عن التسليم كان امتناعاً مشروعاً ويجد سببه ومبرره في

عدم قيام المشترى بما عليه من التزام مقابل بدفع الثمن (م ٤٦٠ مدنى مصرى)[١].

رابعاً: في حالة المبيع الواجب التصدير فإذا كان البيع مدنيا فإن تبعة الهلاك فى الطريق على البائع، المدين بالالتزام بالتسليم، ولو كانت الملكية قد انتقلت إلى المشترى لأن مناط تحمل التبعة هو التسليم وهو لا يتم إلا بوصول المبيع (م ٤٣٦ مدنى) على النحو السابق بيانه. أما إذا كان البيع تجاريا فإن المادة ٩٤ من القانون التجارى الجديد هى التى تنظمه على النحو السابق بيانه.[٢]

---

(١) قارن منصور مصطفى منصور، فقره ٧٥ ص ١٤٥، ١٤٦.
(٢) انظر صفحة ١٧٧ ومابعدها.

الفصل الثالث

الالتزام بالضمان

- نوعا الضمان:

لا يكفى أن يقوم البائع بنقل ملكية الشىء المبيع وأن يقوم بالتسليم إلى المشترى، بل يجب عليه أيضاً أن يضمن لـه انتفاعاً هادئاً كاملاً بالمبيع. فلا قيمة بالنسبة للمشترى أن يتسلم الشىء المبيع، ثم يراه بعد ذلك قد انتزع منه. ولذلك يلتزم البائع ألا يتعرض بنفسه للمشترى، وأن يدفع عنه كل تعرض من الغير يمكن أن ينسب إليه. فإذا تعرض المشترى لشىء من ذلك وترتب عليه أن جرد من المبيع كلياً أو جزئياً فإن على البائع أن يضمن لـه ذلك، أى يلتزم بتعويض المشترى عما أصابه من ضرر بسببه.

كما أنه لا قيمة لتسليم المبيع ونقل ملكيته إلى المشترى إن لم يكن هذا الشىء صالحاً لتحقيق الغاية المقصودة منه.ولذلك فإن البائع يضمن للمشترى خلو المبيع من العيوب الخفية التى تحول دون تحقيق المبيع للغرض المقصود منه.

ويتضح مما سبق أن يقع على البائع التزام بضمان عدم التعرض والاستحقاق، والتزام بضمان العيوب الخفية.

ويلاحظ أن الالتزام بالضمان، بنوعية، وكذلك الحال بالنسبة للالتزام بالتسليم، يجاوز نطاق عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية وكذلك العقود المتعلقة بالشىء والمقصود منها التمكين من الانتفاع بالشىء، كالإيجار والعارية. والالتزام بالضمان وإن كان يوجد في كل هذه العقود إلا أن مضمونه ونطاقه يختلف من عقد إلى آخر.وعلى ذلك فإن القواعد التى سنعرض لها بصدد عقد البيع تعتبر هى القواعد العامة في هذا الضمان يتم الإحالة إليها بخصوص

العقود الأخرى مع ذكر القواعد الخاصة بكل عقد والتى لا تتفق مع هذه القواعد العامة.

خطة الدراسة: وعلى ذلك سنعرض في فرعين على التوالى، لضمان عدم التعرض والاستحقاق، ولضمان العيوب الخفية.

الفرع الأول

ضمان عدم التعرض والاستحقاق

ـ التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير:

وسبق أن رأينا أن البائع يضمن للمشترى عدم تعرضه الشخصى وكذلك عدم تعرض الغير له. وقد حدد المشرع الإطار القانونى لهذا الضمان. ولكن هذا التحديد القانونى لا يتعلق بالنظام العام، وبالتالى يجوز الاتفاق على تعديل أحكامه. ولنعرض لذلك على التوالى:

المبحث الأول

الضمان القانونى

وسنعرض في هذا المبحث للإطار القانونى لكل من ضمان عدم التعرض الشخصى، ولعدم التعرض الصادر من الغير في مطلبين على التوالى.

المطلب الأول

ضمان عدم التعرض الشخصى

التزام البائع بعدم التعرض:

يضمن البائع عدم تعرضه للمشترى في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، أى يجب أن يمتنع عن كل ما من شأنه حرمان المشترى من السلطات التى يخولها له حق ملكية المبيع.

ولدراسة هذا الالتزام يجب أن نحدد نطاقه، ثم نبين أحكامه.

أولاً نطاقه:

تنص المادة ٤٣٩ مدنى مصرى على أن "يضمن البائع عدم التعرض للمشترى في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، وسواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبى ...".

وعلى ذلك سنعرض لنطاق هذا الالتزام من حيث العقد المنشىء له، ومن حيث الأفعال المكونة للتعرض.

١- من حيث العقد المنشىء له:

وهذا الالتزام يعتبر نتيجة طبيعية لالتزام البائع شخصياً باتخاذ كل ما يلزم لضمان وضع اليد على المبيع والانتفاع به وحيازته حيازة هادئة. ومقتضى ذلك أن يمتنع البائع عن التعرض للمشترى بأية صورة، سواء كان هذا التعرض للمشترى في الملكية أو في الحيازة، وسواء كان هذا التعرض كلياً أم جزئياً، مادياً أو قانونياً. وهذا طبقاً لقاعدة "من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض" "qui doit garantie ne peut évincer".

وهذا الالتزام ينشأ عن عقد البيع ذاته دون حاجة إلى اشتراطه. ويستوى أن يكون هذا العقد مسجلاً أو غير مسجل، ففى جميع الأحوال البائع ملتزم بأن يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة[١]. والتزام البائع بضمان التعرض مناطه ألا يكون عقد البيع باطلاً. إذ لكل من المتعاقدين التمسك بالبطلان بطريق الدفع أو الدعوى[٢].

والالتزام بضمان عدم التعرض ينشأ عن عقد البيع أياً كان طبيعته، سواء كان البيع بيع مساومة أو بيع بالمزاد، أو كان بيعاً قضائياً أو إدارياً ...

---

(١) نقض١٩٥٨/١٢/١٨ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٩ ص ٧٧٦، ١٩٧٠/٤/١٦، س ٢١ ص ٦٥٨.

(٢) نقض ١٩٨٧/٣/٣١ الطعن رقم ١٤٠٥ سنة ٥٣ ق.

وهذا بخلاف الضمان في العيوب الخفية حيث لا تجب في البيوع الجبرية، قضائية كانت أو إدارية.

٢ـ من حيث الأفعال المكونة للتعرض:

يعتبر تعرضاً كل فعل يصدر من البائع يؤدى إلى حرمان المشترى من كل أو بعض السلطات التى يخولها لـه حق ملكية المبيع. ويستوى أن يكون هذا الحرمان كلياً أو جزئياً، ويستوى أن يكون هذا التعرض مادياً أو قانونياً. وكذلك يجب أن نعرض للشروط الواجب توافرها حتى يتحقق ضمان التعرض، ثم نبين أنواع هذا التعرض.

أ – شروط التعرض: يشترط لقيام ضمان التعرض أن يتوافر شرطان:

الشــرط الأول: وقوع التعرض فعلاً، فمجرد الخشية من التعرض لا تخول للمشترى الرجوع بالضمان على البائع. فمثلاً مجرد تهديد البائع للمشترى بالتعرض لـه لا يكفى لقيام ضمان التعرض طالما لم يقع هذا التعرض بالفعل. وعلى ذلك، فإنـه طالما أن التعرض لم يقع بالفعل فإن البيع يبقى منشئاً لالتزام البائع بضمان التعرض، ولا يسرى التقادم إلا من وقت وقوع التعرض فعلاً، ومدته خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض.

الشــرط الـثاني: أن يكون التعرض الذى وقع فعلاً عملاً من شأنه أن يحول، كلياً أو جزئياً، دون انتفاع المشترى بملكية المبيع. وبناء على ذلك إذا لم يكن يترتب على التعرض حرمان المشترى من كل أو بعض السلطات التى يخولـها حق الملكية لـه فإن ذلك لا يعتبر تعرضاً موجب للضمان. فمثلاً قيام البائع بالغراس أو بالبناء في الأرض المجاورة للأرض المبيعة لا يعتبر تعرضاً للمشترى في شىء ما دام لم يتعسف في استعمال حقه.

ب ـ أنواع التعرض: التعرض المادى والتعرض القانونى:

إذا توافرت الشروط السابقة فإنه يجب على البائع ضمان هذا التعـرض،

ويستوى في ذلك أن يكون التعرض مادياً أو قانونياً، بخلاف ضمانه للتعرض الصادر من الغير، إذ يقتصر على ضمان التعرض القانونى دون التعرض المادى.

- التعرض المادى (Le trouble de fait):

والتعرض المادى هو كل فعل يقوم به البائع يترتب عليه حرمان المشترى من الانتفاع بالمبيع حرماناً كلياً أو جزئياً دون أن يستند فيه إلى ادعاء حق[1]. مثال ذلك أن يزرع البائع أرضه المجاورة للأرض المبيعة بأشجار كثيفة وضخمة أدت إلى الإضرار بزرع المشترى، أو أن يجور على العين المبيعة عندما يقوم بزراعة أرضه المجاورة، أو أن يقوم بفتح متجر مجاور للمتجر الذى باعه ويقوم بنفس النشاط مما يؤدى إلى منافسة المشترى منافسة غير مشروعة[2]، أو يقوم المؤلف بطبع مصنفه مرة أخرى قبل نفاذ الطبعة أو الطبعات التى باعها.

ويعتبر من قبيل التعرض المادى بالنسبة للمشترى تصرف البائع في العقار المبيع مرة أخرى إلى مشتر ثان وقيامه بالتسجيل قبل المشترى الأول. هذا التصرف يعتبر عملاً مادياً بالنسبة للمشترى لأنه ليس طرفاً فيه، ولأن البائع لا يستند فيه إلى ادعاء حق، حيث أن هذا يتعارض مع التزام البائع بنقل الحق وهذا يعتبر تعرضاً صادراً من الغير وهو في نفس الوقت ذاته تعرض صادر من البائع نفسه لأن المشترى الثانى في تعرضه قد استمد حقه من البائع.

- التعرض القانونى le trouble de droit:

والتعرض القانونى هو كل تعرض يستند إلى ادعاء بحق يترتب عليه حرمان المشترى من كل أو بعض منافع الشيء المبيع. ويستوى أن يكون الحق

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٠ ص ١٥٠.

(٢) نقض ١٩٥٦/٣/٨ مجموعة أحكام النقض س ٧ ص ٢٩١، ١٩٦٢/٦/٧ س ١٣ ص ٧٦٤.

[illegible]

[illegible] ... بيعه المشترى تعرضا[3].

ـ ما مدى اعتبار تملك البائع للمبيع بالتقادم تعرضاً:

والفرض الذى نواجهه هو ان البائع يحتفظ بعد البيع بحيازة المبيع

---

(1) نقض ١٩٥٨/١٢/١٨ مجموعة أحكام النقض س ٩ ص ٧٧٦.

(2) Ph. Malaurie, L. Aynés, op. cit no 355,p. 226, J. Huet, Contrats, spéciaux op. cit, no 11284: p. 227.

(3) عبد الفتاح عبد الباقى، فقرة ١٢٧ ص ٢١١، ٢١٢، منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٥، ص ١٥٢. كما أن الدفوع والطلبات التى يبديها البائع في دعوى صحة التعاقد ليهاجم الاجراءات سواء لعوار فيها أو لسقوطها أو انقضائها بمضى المدة، لا يعتبر من قبيل التعرض لحقوق المشترى الناشئة عن عقد البيع نقض ١٩٨٠/١/٣١ مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ٣٦٦.

ويتوافر لديه عناصر وضع اليد المكسب بالتقادم الطويل فيتمسك في مواجهة المشترى بتملكه فيدفع المشترى في مواجهته بعدم جواز ذلك لأن ادعاء ملكية المبيع بالتقادم يعتبر تعرضاً له. فما هو الحكم في هذه الحالة؟

ذهب الفقه والقضاء في فرنسا[1] إلى أن البائع لا يستطيع في هذه الحالة أن يحتج بالتقادم على المشترى لأنه ملتزم بضمان عدم التعرض وهذا الالتزام أبدى لا يسقط بالتقادم[2].

بينما تذهب محكمة النقض المصرية إلى عكس ذلك، وكان واقع الدعوى هو أن البائع كان مالكاً للمبيع وقت نزع ملكيته وانتقلت ملكيته إلى المشترى بمقتضى حكم رسو المزاد بمجرد تسجيله، لكن البائع المنزوعة ملكيته اكتسب بعد ذلك ملكية المبيع بالتقادم الطويل، فلا يحول ضمانه استحقاق المبيع دون احتجاجه بملكيته في مواجهة الكافة ومنهم المشترى، لا يمنع من ذلك كون ضمان الاستحقاق أبدى لا يسقط الحق فيه مهما طال عليه الزمن لأن معنى هذا أنه إذا حصل التعرض من البائع للمشترى في أى وقت ولو بعد حصول البيع بأكثر من خمس عشرة سنة وجب على البائع الضمان فإذا سكت المشترى على هذا التعرض بعد وقوعه ومضى على وضع يد البائع المدة الطويلة انقلب سبباً مشروعاً للتملك لا يحول دونه ضمان البائع" وقد أقرت المحكمة المبدأ بقولها "متى كان الأساس التشريعى للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد، كان القول بأن تمسك البائع باكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه المدة الطويلة بعد بيعه وانتقال ملكيته إلى المشترى يعتبر من جانبه تعرضاً لا يتفق وواجب الضمان عليه قانوناً – كان هذا القول مخالفاً للقانون"[3]

---

(١) انظر في ذلك J. Huet, contrats, op. cit, no 11284.p. 227.
Civ. 13 mai 1912, D.P.1913 I. 143, S. 1914. I. 209.

(٢) Poitiers 24 mai 1945. S. 1946. 2. 42; civ. 3. 20 nov. 1981 Bull. II no 168.D. 1982. I. R. obs.B. Audit.

(٣) نقض ١٩٤٩/١٢/٨ مجموعة أحكام النقض س ١ ص ٦٩

ولكن محكمة النقض المصرية عادت وصاغت المبدأ على النحو التالى "إن التزام البائع بضمان عدم التعرض التزام أبدى يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم منازعة المشترى فيما كسب من حقوق بموجب هذا العقد، إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم شروط وضع اليد على العين المبيع المدة الطويلة المكسبة للملكية. وبالتالى يمتنع عليهم دفع دعوى صحة ونفاذ العقد والتسليم بالتقادم المقسط"[1].

يتضح من ذلك أن الالتزام بالضمان يظل قائماً على عاتق البائع مهما طال الأمد، حتى ولو مضى على البيع مدة أكثر من خمس عشرة سنة وهى مدة التقادم الطويل. فلا يترتب على ذلك اكتساب البائع ملكية المبيع إذا كان تحت يده. ولكن إذا توافرت شروط وضع اليد، وكانت حيازته مستوفية للشروط القانونية، واستمرت خمس عشرة سنة اكتسب البائع الملكية بالتقادم لتوافر شروطه.

ويتضح من هذا القضاء أن التزام البائع بالضمان يظل قائماً أبداً سواء انتقلت الملكية إلى المشترى بالتسجيل في حالة العقار، أو لم تنتقل لعدم إنجاز إجراءاته، فتراخى المشترى في تسجيل عقد شرائه لا يسقط عن البائع التزامه بالضمان ولو كان هذا التراخى قد ترتب عليه نزع ملكية العين المبيعة من تحت يد المشترى[2]. وعلى ذلك إذا بدأ البائع في التعرض للمشترى بأن امتنع عن التسليم واتخذ مظاهر وضع اليد بقصد التملك، قام حق المشترى في الضمان منذ ذلك الحين. إذا انقضت مدة التقادم من وقت التعرض، أو بصفة عامة من وقت قيام البائع بما يدل على إنكاره حق المشترى، وتوافر أسباب وضع اليد

---

(١) نقض ١٩٥٤/٣/٤ مجموعة أحكام النقض س ٥ ص ٥٦٩، نقض ١٩٦١/١٠/٢٦، س ١٢ ص ٦١٤، ١٩٦٣/٣/٢١ س ١٤ ص ٣٥٥، ١٩٦٣/٣/٢٨ س ١٤ ص ٣٩٨، ١٩٦٦/١/١٣ س ١٧ ص ١٢٣، ١٩٦٩/١/١٦، س ٢٠ ص ١٢٨، ١٩٧٠/٤/١٦، ١٩٣٩، ١٩٨٥/١٢/١٢، الطعن رقم ٥٤٧ سنة ٥٢ ق، ١٩٨٧/١/٢٨، الطعن رقم ٥٣٣ سنة ٥٦ ق، ١٩٨٨/٥/٢٤، الطعن رقم ٥٤٢ سنة ٥٤ ق.

(٢) نقض ١٩٦٦/٢/١ مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ٢٠٥.

لديه، دون قيام المشترى اتخاذ أى إجراء قاطع للتقادم، فإن أثر وضع اليد في إكساب الملكية بالتقادم يتوقف على التفرقة بين ما إذا كانت الملكية قد انتقلت إلى المشترى أو لم تنتقل:

الفرض الأول: إذا كانت الملكية قد انتقلت إلى المشترى بأن قام بتسجيل عقد بيعه، فإن وضع يد البائع في هذه الحالة يكون منتجاً ويؤدى إلى اكتسابه الملكية بالتقادم الطويل، وفى نفس الوقت تسقط دعوى المشترى في الضمان، لأنها دعوى شخصية. ومما يجب التأكيد عليه أن الملكية لم تسقط بالتقادم عن المشترى، لأن دعوى الاستحقاق التى تحميها لا يرد عليها التقادم المسقط، لكن كل ما هنالك أن هذه الدعوى تعطلت بتوافر سبب من أسباب كسب الملكية لدى البائع وهو وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية. ولذلك فإنه ليس للبائع إلا أن يتمسك في مواجهة المشترى باكتساب الملكية بالتقادم المكسب، بالتالى لا يحق له على الإطلاق أن يدفع بسقوط دعوى الاستحقاق التى يرفعها عليه المشترى.

الفرض الثاني: إذا كانت الملكية لم تنتقل إلى المشترى لعدم تسجيل عقد بيعه، وبالتالى بقاء الملكية على ذمة البائع، فإن وضع يد البائع، في هذه الحالة، على العين المبيعة لا يكون منتجاً ولا يؤدى بأية حال إلى اكتسابه الملكية بالتقادم الطويل مهما طالت مدته[1].

وبالتالى لم يتوافر التعرض، المستند إلى الادعاء بحق، والذى يبدأ منه سريان تقادم دعوى الضمان[2]، ولذلك يظل البائع ضامناً، وبالتالى يكون للمشترى

---

(١) نقض ١٩٨٨/٥/٢٤ السابق الإشارة إليه.
(٢) السنهورى، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٢١ هامش ٣ ص ٦٣١، ٦٣٢، وهو يرى أنه يجوز للبائع أن يتمسك بالتقادم المسقط إذا انقضت خمس عشرة سنة، لا من تاريخ صدور البيع، بل من تاريخ وقوع التعرض منه فعلاً. فإذا رفع المشترى، بعد انقضاء المدة، دعوى الضمان، جاز للبائع أن يدفعها بالتقادم المسقط، بصرف النظر عما إذا كان قد كسب المبيع بالتقادم المكسب أو لم يكسبه وأشار إلى إسماعيل غانم، مذكرات غير مطبوعة في البيع ص ١١٥ ـ ١١٦.

أن يطلب إليه تسليم المبيع أو أن يرفع دعوى صحة ونفاذ العقد، ويمتنع على البائع دفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط لأن من يضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز له أن يدعيها لنفسه (وخاصة أنه لم يتوافر لديه سبب قانونى لذلك)[١].

ومما تجدر ملاحظته أن هذه المشكلة لم يعد لها محل في المناطق التى طبق فيها السجل العينى حيث لا يجوز الاكتساب بالتقادم للحقوق المقيدة في السجل العينى، أو على خلاف ما هو مقيد في السجل العينى. لكن للأسف حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٣٧ من قانون السجل العينى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤[٢] حيث أن هذا النص يعتبر حجر الزاوية في جميع قوانين السجل العينى في دول العالم التى تأخذ بهذا النظام.

ونحن نعتقد أن موقف محكمة النقض تمليه الاعتبارات العملية حيث أن الغالب المألوف أن المشترى لا يقدم على التسجيل عقب البيع وأن هذا الحال يستمر فترة زمنية طويلة قد تتجاوز بكثير الخمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد ثم تستدعى الضرورة[٣] بعد ذلك أن يقوم المشترى أو ورثته بتأكيد حقوقهم التى اكتسبوها بموجب عقد البيع فيدفع البائع أو ورثته في مواجهتهم بسقوط دعواهم في صحة ونفاذ العقد بالتقادم المسقط فيؤدى ذلك إلى عدم استقرار الأوضاع. ولذلك نحن نعتقد أيضاً أن الاستثناء الذى أقرته محكمة النقض في حالة توافر شروط وضع اليد المكسب لدى البائع أو ورثته بعد تاريخ البيع يستجيب لنفس الاعتبارات هى استقرار التعامل.

---

(١) نقض ١٩٨٨/٥/٢٤ السابق الإشارة إليه.

(٢) حكم المحكمة الدستورية في ١٩٩٨/٦/٦ الجريدة الرسمية العدد ٢٥ تابع في ١٨/٦/١٩٩٨.

(٣) كان يريد أحد المشترين اللاحقين للعين تسجيل عقده ولم تكن العقود السابقة قد سجلت فيضطر رفع دعوى صحة ونفاذ العقد على سلسلة البائعين غير المسجلين حتى تنتقل إليه الملكية في النهاية ففى هذه الحالة لا يجوز لأحد البائعين أو ورثتهم رفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط بمضى خمس عشرة من وقت البيع.

ثانياً : أحكامه:

وسنعرض في هذا المجال لرابطة الالتزام بالضمان، ثم لجزاء مخالفة هذا الالتزام.

١- رابطة الالتزام بالضمان:

يتضح مما سبق أن المدين في الالتزام بضمان التعرض هو البائع وأن الدائن هو المشترى.ولنعرض لذلك لمعرفة طبيعة التزام البائع وحق المشترى.

أ – التزام البائع بضمان عدم التعرض الشخصى لا يقبل التجزئة:

ولا تظهر أهمية هذه الخاصية إلا إذا تعدد أطراف الالتزام. فإذا تعدد البائعون، كان كل منهم ملزماً بالضمان. والتزام البائع بضمان عدم التعرض هو التزام بامتناع عن عمل، فهو بطبيعته غير قابل للانقسام حتى ولو كان المبيع ذاته قابلاً للانقسام.

ويترتب على ذلك أنه لو تعلق الإلتزام بضمان عدم التعرض بذمة أكثر من شخص واحد، لم ينقسم الإلتزام على المدينين المتعددين، بل يكون كل منهم مديناً بالإلتزام كله[1] فلو باع شريكان على الشيوع معاً الدار التى يملكانها، التزم كل منهما نحو المشترى بضمان التعرض الصادر منه فى كل الدار وليس فى حدود نصيبه.

والإلتزام بضمان عدم التعرض لا ينتقل إلى الخلف العام، لأن الإلتزام فى القانون المصرى لا ينتقل من المورث إلى الوارث، بل يبقى ديناً فى التركة[2] فإذا باع شخصاً عيناً مملوكة لأحد ورثته ثم مات، فإن الوارث باعتباره مالكاً حقيقياً لهذه العين يستطيع أن يستردها من المشترى. وفى هذه الحالة لا يستطيع المشترى أن يدفع فى مواجهته بعدم جواز ذلك لأنه ملتزم بالضمان باعتباره وارثاً للمورث البائع. فهذا الإلتزام لم ينتقل إلى هذا الوارث –

---

(١) السنهورى، الوسيط جـ٤ فقرة ٣٣٢ ص٦٣٣.

(٢) انظر فى ذلك نقض ١٩٥٧/١٢/٢٦ مجموعة أحكام النقض س٨ ص٩٦٠.

المالك الحقيقى للعين وذلك لاستقلال ذمته عن ذمة مورثه. وعلى ذلك لا يبقى للمشترى إلا أن يرجع على التركة بضمان الاستحقاق مطالباً بقيمة المبيع والتعويضات، وبعد الوفاء بديون التركة ومن بينها الالتزام بالضمان توزع على الورثة إن بقى منها شيئاً.

كما أن هذا الالتزام لا ينتقل إلى الخلف الخاص. فلو باع شخص عقاراً، ثم أوصى به لشخص آخر، وبعد موته بادر الموصى له إلى تسجيل الوصية قبل أن يسجل المشترى البيع، فإن المشترى لا يستطيع أن يحتج على الموصى له بأنه ملتزم بالضمان ليسترد منه العقار أو ليدفع به عند مطالبة الموصى له باسترداده. لأن الإلتزام بالضمان لم ينتقل من الموصى إلى الموصى له باعتباره خلفاً خاصاً له، بل بقى فى التركة. وللمشترى أن يرجع بالتعويض على التركة، ويقدم فى رجوعه بهذا الحق على الموصى له. ولا يخلص العقار للموصى له إلا إذا كان لا يزيد عن ثلث التركة[1].

ولا يتعدى الإلتزام بضمان عدم التعرض البائع إلى دائنه، فلو باع شخص عقاراً مملوكاً له، وقبل أن يسجل المشترى البيع بادر دائن البائع إلى التنفيذ على العقار وسجل تنبيه نزع الملكية، فمن حق الدائن أن يستمر فى التنفيذ ولا يحتج عليه المشترى بأنه ملتزم بالضمان عن مدينه، فإن هذا الإلتزام لا يتعدى البائع إلى دائنيه[2].

ب- حق المشترى فى ضمان عدم التعرض الشخصى:

المشترى له حق فى ضمان عدم التعرض. وهذا الحق ينتقل إلى الخلف العام لأن الحقوق بخلاف الديون تنتقل من المورث إلى الوارث. فيستطيع وارث المشترى أن يحتج على البائع بالتزامه بضمان عدم التعرض كما كان يحتج مورثه وهذا الحق ينتقل أيضاً إلى الخلف الخاص فى العين المبيعة.

---

(١) السنهورى، نفس المرجع نفس الموضع.
(٢) السنهورى، الوسيط، جـ٤ فقرة ٣٣٢ ص٦٣٣.

فالمشترى من المشترى لـه أن يحتج على البائع بالتزامه بضمان عدم التعرض. وللمشترى الثانى أن يرجع على البائع بدعوى مباشرة، هى دعوى الضمان التى كانت للمشترى الأول وقد انتقلت إلى المشترى الثانى.

كما أن دائن المشترى لـه أن يحتج بالتزام البائع بضمان التعرض الشخصى فإذا باع شخص عيناً غير مملوكة ثم ملكها، لأى سبب من أسباب كسب الملكية، فإنـه لا يستطيع أن يستردها من المشترى لإلتزامه بعدم التعرض، وكذلك لا يستطيع أن يمنع دائن المشترى من التنفيذ عليها لأن الدائن يستفيد من هذا الإلتزام[1].

٢- جزاء الإخلال بالإلتزام بالضمان

سبق أن رأينا أن التزام البائع بعدم التعرض للمشترى التزام دائم، فيجب على البائع أن يمتنع عن التعرض للمشترى فى أى وقت بعد البيع، ولو كان قد انقضى على البيع أكثر من خمس عشرة سنة وهى مدة التقادم[2].

فإذا أخل البائع بهذا الإلتزام وتعرض فعلاً للمشترى، كان لـهذا الأخير أن يطلب التنفيذ العينى أو التنفيذ بمقابل والفسخ.

فإذا تعرض البائع، أو ورثته، تعرضاً مادياً فيكون للمشترى، أو ورثته، أن يطلب التنفيذ العينى إن كان ممكناً، ويكون ذلك بمنع البائع من القيام بالفعل الذى يشرع فيه، أو يمنعه من الاستمرار فيما بدأ فيه، أو بإزالة ما تم منه[3] فإذا شرع البائع فى وضع يده على الأرض المبيعة طلب منعه من ذلك، وإذا وضع يده فعلاً طلب إخراجه منها، وإذا شرع المؤلف البائع فى طبع طبعة ثانية طلب منعه أو منع الاستمرار فى الطباعة أو منع توزيع ما طبع[4] فإذا قام البائع بمنافسة المشترى فى المتجر المبيع، بفتح آخر فى نفس المنطقة وعقب البيع

(١) السنهورى، الوسيط جـ٤ فقرة ٣٣٣ ص٦٣٥.
(٢) نفس المرجع، فقرة ٣٣٥ ص٦٣٦، ٦٣٧.
(٣) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٢ ص١٥٧.
(٤) نفس المرجع، نفس الموضع.

لممارسة نفس النشاط، كان للمشترى أن يطلب بإغلاق البائع لمتجره المنافس، ويجوز للقاضى فى سبيل تنفيذ ذلك الحكم عليه بغرامة تهديدية عن كل يوم أو أسبوع أو شهر يتأخر فيه عن إقفال المتجر، كما أن للمشترى أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر من جراء هذه المنافسة.

وإذا كان تعرض البائع قائماً على أنه يدعى لنفسه حقاً على المبيع، كما هو الشأن بالنسبة لمن باع عيناً مملوكة لغيره ثم تملكها بعد ذلك ويطلب استرداد العين من المشترى باعتباره مالكاً لها فى هذه الحالة سيدفع المشترى هذه الدعوى بالتزام البائع بضمان عدم التعرض.

بصفة عامة فى كل مرة يتضح فيها أن التنفيذ العينى غير ممكن، أو لم يطلبه المشترى ولم يعرضه البائع، حكم بالتنفيذ بمقابل أى بالتعويض. ويجوز دائماً للمشترى أن يطلب الفسخ لإخلال البائع بإلتزامه بالضمان الناشئ عن العقد مع التعويض إذن كان له مقتضى.

المطلب الثانى

ضمان عدم تعرض الغير

- التزام البائع بدفع تعرض الغير

تنص المادة ٤٣٩ مدنى على أن "يضمن البائع عدم التعرض للمشترى من الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشترى ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبى قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه".

وكما هو واضح فإن محل التزام البائع هو دفع التعرض عن المشترى، وهذا الإلتزام التزام بعمل. ولذلك يجب على البائع للوفاء بهذا الإلتزام أن يصل فعلاً إلى دفع هذا التعرض. فهذا التزام بتحقيق نتيجة وعلى ذلك لا يكفى فيه أن

يبذل البائع جهده فى دفع التعرض. وإذا لم يفلح البائع فى دفع هذا التعرض مما يترتب عليه استحقاق المبيع كلياً أو جزئياً من تحت يد المشترى كان على البائع أن يعوضه عما أصابه من ضرر عن هذا الاستحقاق، وهذا ما يسمى بضمان الاستحقاق.

- وسوف نقوم أولاً بتحديد نطاق هذا الإلتزام، ثم نبين بعد ذلك أحكامه.

أولاً : نطاقه

وهنا سنعرض لهذا النطاق من حيث البيع الذى ينشئ الضمان، ثم نعرض لشروط تعرض الغير الموجب للضمان.

١- من حيث البيع الذى ينشئ الضمان

كل بيع ينشىء ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير. ويستوى فى ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل، ويستوى فى ذلك أن يكون البيع بيع مساومة أو بيع بالمزاد، أو أن يكون بيعاً قضائياً أو إدارياً.

ويتضح من ذلك أن ضمان البائع لتعرض الغير واجب فى بيع المزاد، ولو كان البيع قضائياً أو إدارياً، وذلك بخلاف ضمان العيوب الخفية. فإذا تم البيع جبراً بناء على طلب الدائنين، فإنه ينشأ عن هذا البيع التزام بضمان التعرض الصادر من الغير. وهذا الالتزام يقع على عاتق البائع الذى بيع المال جبراً عنه، ولا شأن للدائنين الذين طلبوا بيع المال بهذا الالتزام. وعلى ذلك إذا تعرض المشترى الراسى عليه المزاد إلى نزع ملكيته من قبل المالك الحقيقى للعين، فإن هذا المشترى يرجع بضمان الاستحقاق على المدين لا على الدائنين، وإن كان هذا الرجوع غير مجد إذ الفرض أنه معسر. ومع ذلك يستطيع الراسى عليه المزاد أن يرجع على الدائن أو الدائنين الذين طلبوا البيع على أساس المسئولية التقصيرية إذا أثبت أنهم كانوا يعلمون أو كان ينبغى عليهم أن يعلموا أنهم ينفذون على مال مملوك لغير مدينهم، أو على أساس قبض غير المستحق

إذا لم يكن هناك غش أو تقصير من جانبهم، وذلك بعد إبطال البيع على أساس أنه بيع لملك الغير واسترداد الثمن.

٢ـ من حيث شروط التعرض الصادر من الغير الموجب للضمان :

التعرض أياً كان مصدره هو كل فعل يؤدى إلى حرمان المشترى من كل أو بعض السلطات التى تخولها له ملكية الشىء المبيع. ولكن بالنسبة للتعرض الصادر من الغير يجب أن يتوافر فيه عدة شروط حتى يقوم ضمان البائع له. وهذه الشروط هى التى تحدد نطاق التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير. وتتمثل هذه الشروط فى ثلاثة :

أـ أن يكون التعرض قانونياً

وفى هذا يختلف ضمان التعرض الصادر عن الغير عن ضمان البائع لتعرضه الشخصى. ففى هذا الأخير يستوى أن يكون التعرض مادياً أو قانونياً. أما بالنسبة لتعرض الغير فهو لا يضمن إلا التعرض القانونى[1].

والتعرض القانونى، هو الذى يستند فيه المتعرض إلى الإدعاء بحق يحتج به على المشترى ولا يلزم أن يكون الحق الذى يدعيه الغير ثابتاً، بل يكفى مجرد الإدعاء به حتى لو كان هذا الإدعاء ظاهر البطلان. ويستوى فى الحق الذى يدعيه الغير أن يكون حقاً عينياً أو حقاً شخصياً. ومثل الحق الشخصى، حق المستأجر فإذا كانت العين المبيعة مؤجرة للغير وكان الإيجار نافذاً فى حق المشترى لثبوت تاريخه قبل البيع وتعرض المستأجر للمشترى فى انتفاعه بالعين مستنداً إلى حقه كمستأجر كان هذا تعرضاً يضمنه البائع.

مثل الحق العينى الذى يدعيه الغير على المبيع، إدعاء الأجنبى بأنه هو المالك وطالب باستحقاق المبيع، وقد يكون الحق العينى حق رهن يدعيه الغير على المبيع، أو حق انتفاع أو حق ارتفاق، أو حق الحكر.

---

(١) نقض ١٩٣٧/١١/١٨ الطعن رقم ٣٠ سنة ١٥، سعيد شعلة ص٢٥٦، وقارن نقض ١٩٦٣/٥/٢ مجموعة أحكام النقض، س١٤ ص٦٣١.

وبذلك لا تدخل الأفعال المادية الصادرة من الغير والتى تخل بانتفاع المشترى فى نطاق الضمان إذ فى هذه الحالات يجب على المشترى أن يتكفل بحماية حقه بالوسائل التى يخولها لـه القانون. فمثلاً إذا قام أجنبى باغتصاب العين المبيعة، أو منافسة مشترى المحل التجارى منافسة غير مشروعة فلا يمكن أن يسأل البائع عن ذلك.

ب - أن يكون الحق الذى يدعيه الغير سابقاً على البيع، أو أن يكون تالياً لـه ولكنه مستمد من البائع

وإذا كان البائع يلتزم بضمان عدم تعرض الغير فإنه يجب أن يكون سبب هذا التعرض مما يمكن أن يسأل عنه البائع. وهذا لا يتحقق إلا فى حالتين:

الحالـة الأولى : إذا كان الحق الذى يدعيه الغير سابقاً على البيع. فالبائع يسأل عنه لأنه نقل الحق محملاً بسبب التعرض. كما أن هذا الحق مما يحتج به على المشترى وعلى ذلك إذا كان الحق الذى يدعيه الغير على المبيع لم يثبت لـه إلا بعد البيع ولم يستمده من البائع فإن البائع يكون غير مسؤول عن الضمان.

فالبائع يلتزم بالضمان إذا ادعى الغير أنـه كان مالكاً للمبيع وقت العقد وأن البائع قد باع ما لا يملكه سواء كان قد كسب حقه من البائع بالشراء أو غيره من أسباب كسب الملكية[1] وكذلك إذا كان لـه وقت البيع حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن أياً كان سبب كسبه.

---

(١) ولا يشترط فى الحق العينى الذى يضمنه البائع وقت البيع أن يكون من فعل البائع، إذ يمكن أن يكون مصدره غير البائع لأن النص مطلق فى هذه الحالة نقض ١٩٤٩/٣/٣١ الطعن رقم ١٩٧ سنة ١٧ ق سعيد شعلة ص٢٥٥ وانظر عكس ذلك نقض ١٩٧٢/٥/١٦ مجموعة أحكام النقض س٢٣ ص٩٣٣ حيث قالت المحكمة أنـه "إذ تقضى المادة ٤٣٩ من القانون المدنى بأن يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كلـه أو بعضه إذا كان التعرض من فعلـه هو أو من فعل أجنبى يكون لـه وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشترى فقد أفادت - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يشترط لقيام ضمان البائع أن يكون مصدر الحق العينى هو فعل البائع".

أما إذا كان المتعرض لم يكسب حقه إلا بعد البيع فالبائع لا يلتزم بالضمان فإذا ادعى الغير أنه مستأجر للعين المبيعة ولكن الإيجار صدر بعد البيع، لم يكن البائع ضامنا، ليس فحسب لأن حقّ المستأجر للعين المبيعة لا حق للبيع، بل أيضاً لأنه حق لا يستطيع المستأجر أن يحتج به على المشترى.

الحالة الثانية : إذا كان الحق الذى يدعيه الغير تالياً للبيع ولكنه مستمد من البائع، ومثال ذلك أن يبيع شخص عقاراً ثم يبيعه إلى مشتر ثان سبق بتسجيل عقده، فإن المشترى الثانى وقد ملك المبيع يكون حقه لاحقاً للبيع الأول، ومع ذلك يكون البائع مسئولاً عن الضمان نحو المشترى الأول بموجب البيع الأول لأن حق المشترى الثانى مستمد من البائع نفسه. وكذلك إذا باع البائع المنقول مرة أخرى وسلمه للمشترى الثانى الذى تملكه بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية. وكذلك يكون الحكم فيما إذا رهن المالك العقار ثم باعه، وقيد الدائن المرتهن رهنه قبل أن يسجل المشترى عقد بيعه. أما إذا كان الغير قد كسب حقه عن غير طريق البائع فلا ضمان[1]، كما لو نزعت ملكية المبيع ولو قبل التسجيل، وكذلك إذا وضع الأجنبى يده على المبيع واستمر واضعاً يده حتى اكتملت المدة واكتسب عليه حقاً عينياً كالملكية أو الانتفاع أو الارتفاق. كما لا يضمن البائع إذا كان وضع اليد قد بدأ قبل البيع ولم تكتمل مدته إلا بعد البيع والتسليم بشرط أن تكون المدة الباقية بعد التسليم تكفى لأن يقوم المشترى بقطع التقادم لو بذل فى ذلك عناية الرجل العادى، فإذا لم تكن المدة الباقية كافية كان البائع ضامناً لأن الحق يعتبر فى هذه الحالة كما لو كان موجوداً وقت البيع[2].

والقاسم المشترك فى كل هذه الحالات أن البائع يكون مسؤولاً عن التعرض باعتباره صادراً من الغير وباعتباره صادر منه هو فى وقت واحد.

---

(١) ولذلك لا يعتبر التأميم تعرضاً موجباً للضمان نقض ١٩٧٠/٤/٣٠ مجموعة أحكام النقض س٢١ ص٧٧٢.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٤ ص١٦٧، السنهورى، الوسيط، جـ٤ فقرة ٣٤٢ ص٦٥٠.

ولذلك لا يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان فى هذه الحالة لقيام وجه التعرض الشخصى.

- ولا يشترط لضمان البائع للتعرض الصادر من الغير، بصفة عامة، أن يكون المشترى وقت البيع غير عالم بالحق الذى يدعيه الغير، أو أن يكون البائع عالماً بهذا الحق. على أن حق الارتفاق يكفى لعدم الضمان فيه أن يكون المشترى عالماً به، أو أن يكون ظاهراً بحيث يستطيع المشترى أن يعلم به، وهذا حكم خاص بحق الارتفاق أورده المشرع فى المادة ٢/٤٤٥ مدنى تأثراً بتقاليد التقنين المدنى الفرنسى.

جـ- يلزم أن يقع التعرض فعلاً للمشترى:

لكى يكون للمشترى حق الرجوع على البائع بالضمان يلزم أن يقع التعرض فعلاً للمشترى من جانب الغير بإدّعاءه حقاً على المبيع. وعلى ذلك فإن مجرد الخشية من وقوع التعرض لا يكفى لرجوع المشترى على البائع[١]. فمجرد وجد حقوق تثقل المبيع، كانتفاع أو ارتفاق أو رهن، لا تكفى للمطالبة بالضمان[٢] لأنه من المحتمل ألا يتمسك الغير بحقه ويبقى المشترى منتفعاً بالمبيع بهدوء. لكن عندما يتخذ الغير موقفاً إيجابياً مستنداً إلى هذا الحق وكان من شأن ذلك حرمان المشترى من كل أو بعض المنافع والمزايا التى يخولها له حقه، فيكون للمشترى فى هذه الحالة أن يطلب تدخل البائع لدفع هذا التعرض.

وغالباً ما يتمثل وقوع التعرض فعلاً من جانب الغير فى رفع دعوى على المشترى للمطالبة بالحق الذى يدعيه. وهذه الدعوى تختلف بطبيعة الحال باختلاف الحق الذى يدعيه الغير. فقد تكون دعوى استحقاق كلى يطالب بموجبها الغير المشترى بملكية البيع كله، أو دعوى استحقاق جزئى إذا

---

(١) نقض ١٩٤٠/١٢/٥، الطعن رقم ٤٥ سنة ١٠ ق، سعيد شعلة ص٢٥٤.
(٢) نقض ١٩٣٢/٣/٣، الطعن رقم ٤٣ سنة ١ سعيد شعلة ص٢٥٤.

انحصرت المطالبة فى ملكية بعض المبيع، وقد تكون دعوى رهن يطالب فيها بدين مضمون برهن على المبيع، أو دعوى ارتفاق، أو دعوى إيجار. وقد يكون التعرض فى شكل دفع لا فى شكل دعوى ومثل ذلك إذا كان المبيع فى يد الغير فيطالبه به المشترى بعد البيع فيدفع الغير دعوى المشترى بالحق الذى يدعيه على المبيع.

وقد يقع التعرض دون دعوى، ودون أن تنزع الحيازة من بين يدى المشترى، وذلك إذا تغير سند ملكية المشترى بأن صار الشىء مملوكاً له لسبب آخر، ومثل ذلك إذا باع شخص شيئاً غير مملوك له، ثم انتقل هذا الشىء بعد ذلك بالميراث أو بأى سبب آخر من المالك الحقيقى إلى المشترى، ففى هذه الحالة تعتبر العين قد استحقت للمالك الحقيقى أولاً ثم انتقلت ملكيتها بعد ذلك من هذا المالك إلى المشترى. ومن ثم تكون العين استحقت فعلاً، فوجب على البائع ضمان الاستحقاق[1].

ثانياً : أحكامه:

وسنعرض فى هذا المجال لرابطة الالتزام بالضمان، ثم نبين بعد ذلك جزاء الإخلال بهذا الإلتزام.

١- رابطة الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير

تبين لنا مما سبق أن البائع هو الملتزم بضمان التعرض الصادر من الغير، وأن المشترى هو صاحب حق فى هذا الضمان، لذلك ينبغى الوقوف الآن على طبيعة كل من التزام البائع وحق المشترى فى هذا الضمان.

أ- التزام البائع بضمان تعرض الغير ومدى قابليته للانقسام:

المدين فى الالتزام بضمان تعرض الغير هو البائع، فهو الضامن لهذا التعرض.

---

(١) السنهورى، الوسيط جـ٤ فقرة ٣٤٠ ص٦٤٣، ٦٤٤.

هذا الإلتزام بالضمان لا ينتقل إلى الخلف العام للبائع. والسبب فى ذلك أن الالتزام لا ينتقل من المورث إلى الوارث بل يبقى ديناً فى التركة[1] فمثلاً إذا باع شخص عيناً مملوكة للغير ثم مات، فإن المالك الحقيقى إما أن يسترد العين من المشترى ومن ثم يرجع هذا الأخير بالتعويض على تركه البائع لا ورثته، وإما أن المالك الحقيقى لا يفلح فى ذلك كأن يكون المبيع منقولاً ملكه المشترى بمقتضى قاعدة الحيازة، وفى هذه الحالة ليس أمام المالك الحقيقى إلا أن يرجع بالتعويض على التركة لا على الورثة.

كما أن هذا الإلتزام لا ينتقل أيضاً إلى الخلف الخاص، فمثلاً إذا باع شخص عيناً وانتقلت ملكيتها إلى المشترى، ثم باع نفس العين لمشتر ثان، فإن البائع يكون مسؤولاً عن الضمان نحو المشترى الثانى ولا شأن للمشترى الأول وهو خلف خاص للبائع، بذلك.

وهذا الإلتزام لا يتعدى أثره إلى دائن البائع، فإذا باع شخص عقار مملوكاً لـه ولم يسجل المشترى البيع، وكان أحد دائنى البائع قد أخذ حق اختصاص على العقار قبل البيع ثم أخذ فى نزع ملكيته، فإن المشترى لا يستطيع أن يحتج فى هذه الحالة على الدائن بإلتزام البائع بضمان تعرض الغير[2].

والتزام البائع بضمان تعرض الغير يعتبر التزاماً غير قابل للانقسام إذا طالب المشترى بتنفيذه عيناً، فإذا باع شريكان على الشيوع المال الشائع، ثم أدعى الغير حقاً على المبيع كان للمشترى أن يطالب أى منهما بجعل الغير يكف عن تعرضه فى الدار كلها لا فى نصيب هذا البائع فحسب. أما إذا كان تنفيذ الإلتزام بضمان تعرض الغير بمقابل، ومحله مبلغ من النقود، فإنه يكون قابلاً للإنقسام، وفى هذا المثال لو نجح الغير فى تعرضه واستحق المبيع من تحت يد

---

(١) نقض ١٩٧٥/٤/٢٩ مجموعة أحكام النقض، س٢٦ ص٨٤٤ وتقضى المحكمة بأن الإلتزام بالضمان طبقاً لنص المادة ٤٣٩ مدنى ينتقل من البائع إلى ورثته.

(٢) السنهورى، الوسيط جـ٤، فقرة ٣٤٣ ص٦٥٣، ٦٥٤.

المشترى، فإن المشترى لا يرجع بضمان الاستحقاق على البائعين إلا بقدر نصيب كل منهما فى المال الشائع.

ب- حق المشترى فى ضمان تعرض الغير:

المشترى هو صاحب الحق فى ضمان تعرض الغير. وهذا الحق ينتقل إلى خلفه العام، حيث أن الحقوق، على خلاف الالتزامات، تنتقل إلى الورثة. وعلى ذلك يستطيع ورثة المشترى بعد وفاته أن يرجعوا على البائع بضمان التعرض إذا صدر تعرض لهم من جانب الغير كما كان يحق لمورثهم ذلك.

وهذا الحق ينتقل أيضاً إلى الخلف الخاص فى العين المبيعة. فإذا باع شخص عقاراً، ثم باع المشترى العقار إلى مشتر ثان، فإن البائع يكون ملزماً بضمان التعرض الصادر من الغير لا نحو المشترى الأول فحسب، بل أيضاً نحو المشترى الثانى وهو الخلف الخاص للمشترى الأول. فإذا استحق العقار للغير من يد المشترى الثانى بعد أن ثبتت ملكيته له، فإن الرجوع يتمثل فى الصور الآتية :

الفرض الأول : أن المشترى الثانى يرجع بضمان الاستحقاق على المشترى الأول باعتباره البائع له.

الفرض الثانى : أن يرجع المشترى الثانى على البائع بضمان الاستحقاق عن طريق الدعوى غير المباشرة نيابة عن المشترى الأول باعتباره مديناً له. ولكنه فى هذه الدعوى يستعمل حق مدينه وبالتالى سيتعرض لمزاحمة باقى دائنى المدين (المشترى الأول).

الفرض الثالث : أن يرجع المشترى الثانى بضمان الاستحقاق مباشرة على البائع وذلك بمقتضى دعوى مباشرة، وهذه الدعوى المباشرة انتقلت إليه من المشترى الأول باعتبارها من ملحقات البيع[1]. وهذه الدعوى يستعملها

---

(١) وهذا يقتضى أن يكون بيع العقار مسجلاً حيث أن الملكية لاتنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، أما إذا كان البيع غير مسجل فإن=

المشترى باسمه ولحسابه وبذلك لا يتعرض لمزاحمة دائنى المشترى الأول. كما أن هذه الدعوى تتجلى فائدتها أكثر عندما لا يكون للمشترى الثانى دعوى رجوع بضمان الاستحقاق على بائعه (المشترى الأول) كأن يكون اشترط عدم الضمان، فلا يبقى أمامه إذن إلا الرجوع على البائع بالدعوى المباشرة التى انتقلت إليه مع العين المبيعة بالرغم من شرط عدم الضمان فى العلاقة بينه وبين المشترى الأول (بائعه). مع ملاحظة أنه لا يحق له أيضاً فى هذه الحالة استعمال دعوى مدينه بالضمان (المشترى الأول) وهى الدعوى غير المباشرة، لأنه غير دائن بالضمان له نتيجة لشرط عدم الضمان فى عقد البيع الذى تم بينهما.

كما أن دائن المشترى يستطيع أن يحتج بالتزام البائع بضمان تعرض الغير، فإذا باع شخص عيناً غير مملوكة له، ثم استحقت العين فى يد المشترى، فإن دائن المشترى يرجع على البائع بالدعوى غير المباشرة ليطالبه بما هو ثابت فى ذمته من تعويض عن الاستحقاق لمدينه (المشترى) **وفى هذه الحالة** سيتعرض الدائن لمزاحمة باقى دائنى المشترى.

٢ـ جزاء الإخلال بالإلتزام

ـ التنفيذ العينى والتنفيذ بمقابل

إذا تعرض الغير للمشترى تعرضاً يضمنه البائع على الوجه السابق بيانه، كان على البائع أن ينفذ التزامه تنفيذاً عينياً بأن يدفع عن المشترى هذا التعرض، فإذا عجز عن التنفيذ العينى على هذا النحو، ونجح الغير فى إثبات ما يدعيه وقضى له بالحق المدعى به، فإنه يكون قد أخل بالتزامه بالضمان، وهو التزام بتحقيق نتيجة؛ وبالتالى وجب عليه التعويض، فيعوض المشترى عما

=المشترى لا يعتبر خلفاً خاصاً للبائع ولا يعدو أن يكون دائناً شخصياً لهذا البائع، فمن ثم لا يستطيع أن يرجع على البائع لبائعه بضمان التعرض إلا استعمالاً لحق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة، نقض ١٩٨٠/٤/٣ مجموعة أحكام النقض س٣١ ص١٠٢٧، ١٩٨٧/٦/١٤ الطعن رقم ٨٩٦ سنة ٥٣ ق.

أصابه من الضرر باستحقاق المبيع فى يده، وهو ما يسمى ضمان الاستحقاق، وقد حدده القانون على النحو الذى سوف نراه.

أ- التنفيذ العينى – التزام البائع بدفع التعرض

تنص المادة ٤٤٠ مدنى مصرى على أنه : "١- إذا رفعت على المشترى دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع، كان على البائع، بحسب الأحوال ووفقاً لقانون المرافعات، أن يتدخل فى الدعوى إلى جانب المشترى أو أن يحل فيها محله".

"٢- فإذا تم الإخطار فى الوقت الملائم ولم يتدخل البائع فى الدعوى، وجب عليه الضمان، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشترى أو لخطأ جسيم منه".

"٣- وإذا لم يخطر المشترى البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى، فقد حقه فى الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق".

وتنص المادة ٤٤١ مدنى مصرى على أنه "يثبت حق المشترى فى الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا الحق، دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل. كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه.

(أولاً) – الفرض الذى يواجهه المشرع لتعرض الغير – دعوى استحقاق

يتضح من هذه النصوص أنها تفترض أن الغير قد تعرض للمشترى فعلاً، وأن هذا التعرض اتخذ شكل دعوى استحقاق رفعها الغير على المشترى. وهذا الفرض يمثل الوضع الغالب.

ولا يقصد بدعوى الاستحقاق هنا مفهومها الفنى الدقيق، باعتبارها الدعوى التى تحمى حق الملكية. وإنما يقصد بدعوى الاستحقاق هنا المعنى الفنى لـهذه الدعوى أى التى يدعى فيها الغير بأنه يملك المبيع كله أو بعضه، علاوة على أنها تشمل كل دعوى يدعى فيها الغير حقاً على المبيع، سواء كان هذا الحق حقاً عينياً كحق الرهن، وحق الانتفاع، وحق الارتفاق، أو حقاً شخصياً كحق الإيجار، أو ينكر فيها حقاً للمبيع كحق ارتفاق.

(ثانياً) – وسائل دفع البائع للتعرض – والإخطار الواجب من جانب المشترى وأثره

ويكون تنفيذ البائع لالتزامه بالضمان تنفيذاً عينياً فى هذه الحالة عن طريق تدخله فى دعوى الاستحقاق إلى جانب المشترى أو ليحل محله فى هذه الدعوى وذلك ليدفع هذا التعرض بكل الوسائل القانونية المتاحة له ليصل إلى الحكم برفض دعوى الغير.

فى مقابل ذلك يجب على المشترى عندما ترفع عليه الدعوى من المتعرض أن يخطر بها البائع ليتولى الدفاع عنه وليدفع عنه هذا التعرض. ويجب أن يكون هذا الإخطار فى وقت ملائم يسمح للبائع اتخاذ ما يلزم من الوسائل لدفع هذا التعرض[1] ولا يشترط شكل فى هذا الإخطار، فقد يكون على يد محضر، أو بخطاب مسجل أو غير مسجل أو حتى مشافهة ولكن على المشترى عبء إثبات حصوله فى هذه الحالة. لكن عدم الإخطار لا يفقد المشترى حقه فى الرجوع على البائع عند الاستحقاق، وإنما قد تعرضه لفقد حقه فى الرجوع على النحو الذى سنبينه. والواجب على المشترى هو الإخطار فقط، وبالتالى لا يجب عليه إدخاله فى الدعوى.

---

(١) أما إذا وقع التعرض من الغير دون رفع دعوى وأقام المشترى دعواه مباشرة على البائع بالضمان فلا يكون هناك محلاً للإخطار، نقض ١٩٧٨/٤/٢٧ مجموعة أحكام النقض، س٢٩ ص١١٤٥، كما لا يلزم هذا الإخطار إذا اختار المشترى سبيل المطالبة بفسخ العقد نقض ١٩٦٨/٢/٢٢، س١٩ ص٣٤٥.

ـ ونعرض الآن لحالة إخطار المشترى وأثره، وكذلك حالة عدم إخطاره وأثره.

الحالة الأولى : حالة إخطار المشترى البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من الغير : يترتب على ذلك أنه يجب على البائع أن يهب إلى معاونة المشترى فى دفع دعوى التعرض أو أن يحل محله فيها. وعلى ذلك فإن البائع سيحدد موقفه من هذه الدعوى بعد إخطاره من جانب المشترى إما بالتدخل فيها أو عدم التدخل :

الفرض الأول : إذا تدخل البائع فى الدعوى وفقاً للأوضاع المبينة فى قانون المرافعات (م١٢٦، م١٢٦ مكرر، م١٢٧ من قانون المرافعات). كان المشترى بالخيار، فإما أن يطلب الخروج من الدعوى تجنباً لعناء الخصومة والحكم عليه بالمصاريف فى حالة إذا ما حكم لصالح طالب الاستحقاق. وإما أن يبقى فيها إلى جانب البائع، وهذا أفضل له من ناحيتين :

الأولى : أنه يستطيع مراقبة البائع فى دفاعه ويضمن عدم تواطئه مع المدعى.

الثانية : أن ذلك يتيح له التقدم بطلب فرعى بضمان الاستحقاق فى حالة ثبوته، بشرط أن يكون ذلك داخلاً فى اختصاص المحكمة المنظور الدعوى أمامها، وبالتالى يحكم القاضى فى الدعوى الأصلية والطلب الفرعى الموجه من المشترى إلى البائع بحكم واحد إذا أمكن ذلك.

ونيتجة هذا التدخل قد تسفر عن نجاح البائع فى دفع التعرض والحكم برفض دعوى الغير فيكون بذلك قد أوفى بالتزامه عيناً. وقد لا يفلح فى دفع هذا التعرض فيحكم للغير بالاستحقاق فيكون البائع بذلك قد أخل بالتزامه فيكون ضامناً الاستحقاق أى ملتزماً بالتعويض الذى يحق للمشترى أن يطالب به إذا لم يكن قد تقدم بطلب فرعى أثناء نظر الدعوى أو إذا كان قد خرج من الدعوى.

الفرض الثاني : إذا لم يتدخل البائع فى الدعوى بالرغم من إخطاره من جانب المشترى. فإن موقف المشترى فى هذه الحالة لا يخرج عن أحد ثلاثة أمور :-

أن يسير المشترى فى الدعوى وحده ويتولى الدفاع عن حقه فى مواجهة الغير ، فإذا حكم برفض دعوى الغير ، فقد انتهى التعرض، وانتهى معه التزام البائع بالضمان، ولا رجوع للمشترى على البائع بشىء اللهم بما قد يكون تجشمه من نفقات وأضرار فى دفع دعوى المتعرض ولم يحكم له بها على المتعرض نفسه.

- أن يقر المشترى وهو حسن النية للمتعرض بما يدعيه أو تصالح معه عليه إذا رأى أن الغير محق فى دعواه أو أن السير فى الدعوى غير مجد فإن هذا العمل من جانب المشترى يكون له شأن الحكم الصادر فى مصلحة المتعرض، بالتالى يكون للمشترى الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق. لكن بالرغم من ذلك فإنه ما زال أمام البائع أن يدفع هذا الرجوع بالضمان إذا أثبت أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه وأن المشترى قد تسرع فى الإقرار أو المصالحة (م ٤٤١ مدنى) فإن نجح فى ذلك فقد المشترى حقه فى الضمان. لكن إذا ظهر أن الأجنبى على حق فى دعواه فإن للبائع أن يتخلص من التزامه بالضمان بأن يرد للمشترى المبلغ أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات (م ٤٤٢ مدنى).

- أن يفشل المشترى فى دفع دعوى المتعرض وأن يقضى للمتعرض بما أدعاه من حق بموجب حكم نهائى، فقد بذل المشترى كل ما فى وسعه، أخطر البائع بدعوى الاستحقاق، ولم يسلم بحق المتعرض بل دفع دعواه بما يملك من وسائل، فإن الحكم باستحقاق المبيع بالرغم من ذلك معناه أن البائع قد أخل بالتزامه بضمان عدم التعرض ويكون للمشترى أن يرجع عليه بضمان الاستحقاق، أى بالتعويض. وحيث أن الاستحقاق قد ثبت بحكم قضائى بعد كل

ما بذلـه المشترى من جهد ودون أن يرتكب اى تقصير فإن البائع لا يستطيع أن يدفع رجوع المشترى عليه بالتعويض إلا إذا أثبت أن الحكم بالاستحقاق كان نتيجة لتدليس من المشترى أو خطأ جسيم منه (م ٤٤٠ مدنى)[١].

الحالـة الثانـية : إذا لم يخطر المشترى البائع فى الوقت الملائم، ولم يدخل البائع فى الدعوى، وسار المشترى فى الدعوى وحده. فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين :

الفـرض الأول : أن ينجح المشترى فى دفع التعرض، ويحكم برفض طلبات الغير، فإنه بذلك ينتهى التعرض، وينتهى معه التزام البائع بالضمان[٢].

الفـرض الـثانى : إذا خسر الدعوى بأن حكم للغير بالاستحقاق فقد نص المشرع على حكم هذه الحالة فى المادة ٣/٤٤٠ مدنى بنصها على أنه "إذا لم يخطر المشترى البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى، فقد حقه فى الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخلـه فى الدعوى كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق".

ويتضح من ذلك أن عدم الإخطار لم يحرم المشترى من الرجوع على البائع بالضمان إذا ما حكم بالاستحقاق للغير ولكن عدم الأخطار قد يعرضه لفقد حقه فى الرجوع إذا أثبت البائع أن تدخلـه فى الدعوى كان يؤدى إلى رفضها كما لو قدم مستندات تثبت عدم أحقية الأجنبى للحق الذى حكم به.

بـ التنفيذ بطريق التعويض – ضمان الاستحقاق

(١) متى يرجع المشترى على البائع بضمان الاستحقاق؟

يكفى للرجوع بضمان الاستحقاق أن يحرم المشترى فعلاً من المبيع لأي سبب سابق على البيع لم يكن لـه يد فيه، أو ليس فى مقدوره دفعه، ولا

---

(١) انظر فى الفرق بين هذه الحالة والحالة السابقة المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٤ ص٨٩ – ٩٠.

(٢) توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١٧٦ ص٣٧١، ٣٧٢.

يتوقف وجوده على صدور حكم قضائى بنزع ملكية المبيع من المشترى[1]، بل يقصد به أى تعرض له من شأنه أن يؤدى إلى نزع الشىء المبيع، حتى ولو كان البائع حسن النية لا يعلم بسبب الاستحقاق وقت البيع[2].

وكذلك الأمر إذا رفعت دعوى استحقاق وانتهت بالحكم للمتعرض باستحقاق المبيع كله أو بعضه[3]. أو إذا أقر المشترى بحق المتعرض أو تصالح معه بعد رفع دعوى، أو سلم له بحقه دون دعوى ولم يفلح البائع فى إثبات أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه.

(٢) ما هو مقدار التعويض الذى يرجع به المشترى على البائع نتيجة استحقاق المبيع ؟

فى جميع هذه الأحوال يحق للمشترى أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق، أى بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب استحقاق المبيع. هذا التعويض يتوقف مقداره على ما إذا كان الاستحقاق كلياً أو جزئياً. كما أنه إذا كان المشترى قد دفع للمتعرض شيئاً فى مقابل حقه صلحاً أو إقراراً بهذا الحق، فيجب على البائع، إذا أراد أن يتخلص من ضمان الاستحقاق، أن يرد للمشترى ما أداه للمتعرض. ولنرَ ذلك بشىء من التفصيل :

(أولاً) – الاستحقاق الكلى

تنص المادة ٤٤٣ مدنى على أنه "إذا استحق كل المبيع، كان للمشترى أن يطلب من البائع :

---

(١) نقض ١٩٨٢/١١/١٨ مجموعة أحكام النقض، س٣٣ ص٩٤٤؛ ١٩٨٦/١١/٥ الطعن رقم ٦٠٥ سنة ٥١ ق.

(٢) نقض ١٩٧٨/٤/٢٧ مجموع أحكام النقض س٢٩ ص١١٤٥، وكان يتعلق الأمر بضبط سيارة لبيعها بدون إذن استيراد، فقد اعتبرت المحكمة ضبط السيارة بناء على طلب مصلحة الجمارك تعرضاً مبنياً على سبب قانونى يضمنه البائع.

(٣) فى حالة بيع براءة الاختراع يكون البائع مسؤولاً عن ضمان الاستحقاق إذا ما حكم ببطلان البراءة حتى ولو كان هناك شرط بعدم ضمان العيوب الخفية هذا ما قضت محكمة النقض الفرنسية انظر :

Com., 3 mai 1978, Labauche, Bull. IV, no 127, D. 79. 247 note J. J. Brust; Rev. trim. Dr. com. 76. 1069, note J. Hémard.

١- قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت.

٢- قيمة الثمار التى ألزم المشترى بردها لمن استحق المبيع.

٣- المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشترى أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سىء النية.

٤- جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق، عدا ما كان المشترى يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة ٤٤٠.

٥- وبوجه عام تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب لسبب استحقاق المبيع.

"كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبيناً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله".

(أ) – دعاوى المشترى فى حالة الاستحقاق الكلى

على ضوء أحكام القضاء ونصوص القانون المدنى نجد أن الاستحقاق الكلى يفترض أن المشترى قد حرم فعلاً من المبيع وأن المشترى يرجع لذلك على البائع بضمان الاستحقاق. وهذا الضمان يعتبر تنفيذاً للعقد بمقابل، وهو ما يفترض بقاء العقد، ومن ثم فإن التعويض مقدراً على أساس تعويض المشترى عن فقده المبيع فيأخذ قيمته وقت الاستحقاق، لا على أساس زوال البيع فيسترد الثمن[1].

لكن للمشترى إلى جانب دعوى ضمان الاستحقاق دعوى الإبطال إذا كان البيع صادراً من غير مالك، ودعوى الفسخ لإخلال البائع بالتزامه بضمان التعرض الصادر من الغير طبقاً للقواعد العامة[2] وفى حالتى الفسخ والإبطال تتحدد حقوق المشترى طبقاً للقواعد العامة فى الفسخ أو القواعد الخاصة ببيع

---

(١) وهذا ما أكدته المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٤ ص٩٥.

(٢) نقض ١٩٦٧/٨/١٥ مجموعة أحكام النقض س١٨ ص١٥٠٠

ملك الغير . ولذلك حرص المشرع فى آخر نص المادة ٤٤٣ مدنى على أن يؤكد أن طلب المشترى التعويضات المذكورة لا يكون عند رجوعه بالفسخ أو الإبطال[١].

(ب) – عناصر التعويض عن ضمان الاستحقاق

يشمل التعويض عن ضمان الاستحقاق الذى يرجع به المشترى على البائع مايلى:

(١) – قيمة المبيع وقت الاستحقاق والفوائد القانونية من هذا الوقت

فالعنصر الأساسى فى التعويض هو قيمة المبيع .. وقيمة المبيع تقدر وقت الاستحقاق تمشياً مع فكرة التعويض حيث إن قيمة الضرر تقدر وقت تحققه، وقد خسر المشترى المبيع عندما استحق، وتقدر قيمة المبيع فى ذاته مجرداً عما قد يكون أنفق عليه من مصروفات، لأن هذه المصروفات تشكل عنصراً آخر فى التعويض وتحسب بكيفية معينة. كما أن تقدير هذه القيمة يتم دون تأثير لمقدار الثمن عليها فقد تقل عنه وقد تزيد[٢]. كما أن هذا التقدير مما يستقل به قاضى الموضوع[٣] ولا تأثير لحسن نية البائع أو سوء نيته، فسواء كان يعلم بسبب الاستحقاق وقت البيع أو لا يعلم فهو ملزم بدفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق للمشترى[٤]، كما أن المشترى يأخذ قيمة المبيع وقت الاستحقاق دون تمييز بين ما إذا كان حسن النية أو سيء النية، أى بين ما إذا كان لا يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق أو يعلم به[٥].

---

(١) وبذلك يكون المشرع أكد استقلال دعوى الضمان عن دعوى الفسخ والإبطال نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ مجموعة أحكام النقض س١٩ ص٣٤٥.

(٢) نقض ١٩٧٨/٤/٢٧ مجموعة أحكام النقض س٢٩ ص١١٤٥.

(٣) نقض ١٩٧٨/٤/٢٧ السابق الإشارة إليه.

(٤) نقض ١٩٧٨/٤/٢٧ السابق الإشارة إليه، نقض ١٩٨٦/١١/٥، الطعن رقم ٦٠٥ سنة ٥١ ق.

(٥) نقض ١٩٨٨/٣/٢٢، الطعن رقم ١٥٥٧ سنة ٥٢ ق.

ويستحق المشترى، إلى جانب قيمة المبيع وقت الاستحقاق، الفوائد القانونية عن هذه القيمة ابتداء من تاريخ الاستحقاق أيضاً، وفى هذا خروج على القواعد العامة التى تقضى باستحقاق الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية. والحكمة فى هذا الخروج هى أن المشترى يحرم من تاريخ الاستحقاق من ثمار المبيع فيستعاض عنها بالفوائد على قيمته من هذا الوقت. وهذه الفوائد تستحق سواء كان المبيع مثمراً أو غير مثمر، ودون تأثير لسوء نية المشترى أو لحسن نية البائع على ذلك.

(٢) – **قيمة الثمار التى ألزم المشترى بردها لمن استحق المبيع**

الأصل أن المشترى يستحق ثمار المبيع من وقت البيع ما لم يتفق على خلاف ذلك (م ٢/٤٥٨ مدنى). ولكن إذا استحق المبيع وترتب على ذلك حرمانه من الثمار الواجبة بمقتضى عقد البيع نتيجة لردها إلى المستحق، لذلك وجب عنها التعويض.

ولكن ما هى الثمار التى يلزم المشترى بردها لمن استحق المبيع؟ القاعدة أن الثمار تكون للحائز إذا كان حسن النية وقت قبضها (م٩٧٨ مدنى) على ذلك يستحق المشترى الثمار طوال الوقت الذى لا يعلم فيه بحق المستحق فى المبيع ولا يجب عليه ردها. ولكن من الوقت الذى يصبح فيه سىء النية، أى يعلم بحق المستحق على المبيع يكون مسؤولاً عن جميع الثمار التى يقبضها أو يقصر فى قبضها قبل المستحق وإن كان لـه أن يسترد ما أنفقه فى انتاجها (م ٩٧٩ مدنى مصرى) والأصل أن حسن النية مفترض إلى أن يثبت العكس (م ٣/٩٦٥ مدنى مصرى) لكن بمجرد رفع دعوى الاستحقاق عليه يعتبر حائزاً سىء النية يلتزم برد الثمار التى يقبضها (م ٢/٩٠٦ مدنى). نخلص من كل ما سبق أن المشترى يكون ملتزماً برد لمن استحق المبيع كل الثمار التى قبضها من وقت رفع الدعوى والتى قبضها قبل ذلك من يوم علمه بحقه. وهو يرجع على البائع بقيمة هذه الثمار إلى وقت الاستحقاق. أما ثمار المبيع من وقت رفع

دعوى الاستحقاق فقد استعاض عنها بالفوائد القانونية لقيمة البيع من هذا الوقت. كما سبق أن بينا.

(٣)- المصروفات التى أنفقها المشترى على المبيع

إذا كان المشترى قد أنفق على المبيع بعض المصروفات، فإنه لمعرفة ما يجب أن يرجع به على البائع يلزم أن نفرق بين ثلاثة أنواع من المصروفات:

- **المصروفات الضرورية** : وهى المصروفات اللازمة لحفظ الشىء وصيانته، كإصلاح خلل بالمنزل، فهذه يأخذها من المستحق كاملة (م٩٨٠/١ مدنى) ومن ثم لا يرجع المشترى على البائع بشىء منها.

- **المصروفات النافعة** : وهى التى لا توجد ضرورة لإنفاقها وإنما يترتب عليها زيادة فى قيمة المبيع، كما لو أقام طابقاً جديداً فى المنزل، لا يرجع المشترى على البائع إلا بما لم يستطع أن يلزمَ به المستحق.

بالنسبة للعلاقة بين المشترى والمستحق فالأمر يتوقف على حسن أو سوء نية المشترى وقت قيامه بإنفاق هذه المصروفات. فإذا كان حسن النية خير المستحق بين أن يدفع له (١) ما أنفقه (٢) أو قيمة ما زاد فى ثمن المنزل إلا إذا طلب المشترى نزع ما أقامه. (م٩٢٥ مدنى) وبدهى أن المستحق يختار أقل القيمتين، فإذا كانت قيمة الزيادة فى المنزل أقل مما أنفقه المشترى كان له الرجوع بالفرق على البائع[١] أما إذا كان سىء النية، كان للمستحق أن يطلب الإزالة مع التعويض إن كان له وجه[٢]، أو يطلب استبقاءه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة أو دفع ما زاد فى قيمة المنزل بسبب الطابق الجديد (م ٩٢٤ مدنى). وعلى ذلك فإن المشترى لن يتمكن من استرداد كل ما أنفقه فيكون له أن يرجع بالفرق على البائع.

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٦ ص١٧٤.

(٢). وتكون الازالة على نفقة من أقامها ولكن يجب أن يتم طلب الازالة خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه المستحق بإقامة هذه المنشآت (م ١/٩٢٤ مدنى).

- **المصروفات الكمالية** : وهى التى تنفق بقصد الزخرف والزينة، كطلاء المنزل من الداخل أو من الخارج، فهذه المصروفات لا يرجع بها المشترى على المستحق ولكن لـه أن ينزع ما استحقه بها على أن يعيد الشىء إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المستحق أن يستبقيه مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة (م٩٨٠/٣ مدنى) ولا يستطيع المشترى أن يرجع بها على البائع إلا إذا كان هذا الأخير سىء النية (م٤٤٣/٣ مدنى) أى إذا كان البائع يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق.

(٤)- مصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان

للمشترى أن يرجع على البائع بمصاريف دعوى الاستحقاق التى رفعها المستحق عليه، سواء ما صرفه هو أو ما ألزم به للمستحق الذى كسب الدعوى، عدا ما كان المشترى يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم[1] فقد يبطئ المشترى فى إخطار البائع، وقد لا يخطره أصلاً، وينتج عن ذلك طول الإجراءات دون مقتضى فتزيد المصروفات، هذه الزيادة لا يرجع بها المشترى على البائع لأنها تكون بخطأ منه هو. كما أن لـه أن يرجع على البائع بمصاريف دعوى الضمان التى رفعها عليه بطريق أصلى أو فرعى.

(٥)- ما لحق المشترى من الخسارة وما فاته من الكسب

وتنص المادة ٤٤٣/٥ مدنى على أن البائع يلتزم "بوجه عام بتعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو وفاته من كسب بسبب استحقاق المبيع" وتقول المذكرة الإيضاحية أنه "ليس فى ذلك إلا تذكير بالقواعد العامة"[2]. ولذلك يستطيع المشترى أن يرجع على البائع زيادة على ما سبق بالمصاريف التى تحملها بسبب عقد البيع كمصاريف تحرير العقد ورسوم التسجيل والسمسرة ومصاريف التسليم، والمصاريف التى أنفقها فى سبيل الانتقال إلى

---

(١) كما لو أنفق المشترى مصاريف فى الحصول على بعض المستندات التى ظن أنها تفيد فى الدفاع وكان البائع لديه مثل هذه المستندات ولو أخطر بالدعوى لقدمها، منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٦ ص١٧٥.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٤، ص٩٧.

مسكن آخر إثر استحقاق المنزل الذى كان يسكنه[1]، وما فاته من ربح نتيجة تغيير توظيف أمواله من وديعة إلى شراء هذا المنزل الذى استحق[2].

ثانياً : الاستحقاق الجزئى

تنص المادة ٤٤٤ مدنى مصرى على أنه "١- إذا استحق بعض المبيع، أو وجد مثقلاً بتكليف وكانت خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى المادة السابقة، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه".

"٢- فإذا اختار المشترى استبقاء المبيع، وكانت الخسارة التى لحقته لم تبلغ القدر المبين فى الفقرة السابقة، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق".

وسنعرض هنا للمقصود بالاستحقاق الجزئى، ثم نبين بعد ذلك حقوق المشترى فى حالة الاستحقاق الجزئى.

أ- المقصود بالاستحقاق الجزئى

ينصرف معنى الاستحقاق الجزئى إلى كل ما من شأنه الإنتقاص من سلطات المشترى على الشىء المبيع، أياً كانت صورة هذا الانتقاص. فقد يتمثل فى استحقاق جزء من المبيع شائع أو مفرز، أو يثبت أن للغير حقاً على المبيع أو متعلقاً به، كأن يكون للغير حق رهن مقرر على المبيع، أو حق انتفاع أو حق ارتفاق، وقد يكون للغير حق إيجار نافذ قبل المشترى، أو يثبت أن العقار المبيع لا يوجد لمصلحته حق ارتفاق مقرر على عقار آخر وكان البائع قد أكد وجوده للمشترى.

ب- حقوق المشترى فى حالة الاستحقاق الجزئى

يتضح من نص المادة ٤٤٤ مدنى مصرى أن المشرع يفرق بين فرضين:

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٦ ص١٧٥، ١٧٦.
(٢) السنهورى، الوسيط، جـ٤ فقرة ٣٥٢ ص ٦٨٣.

الفرض الأول : إذا كانت خسارة المشترى جسيمة بحيث لو علمها لما أتم العقد. كما لو أشترى أرضاً لإقامة مشروع معين فاستحق جزء منها بحيث أصبح الباقى غير كاف لتحقيق المشروع. وعلى ذلك فإن تقدير الخسارة الجسيمة يكون بالنظر إلى شخص المشترى ذاته وظروفه الخاصة لا إلى أى شخص عادى. فالمعيار هنا معيار شخصى وليس معياراً موضوعياً. كما أن تقدير الجسامة متروك لتقدير قاضى الموضوع دون رقابة لمحكمة النقض.

فى هذه الحالة يكون المشترى مخيراً بين رد المبيع وما أفاده منه إلى البائع ومطالبته بالتعويضات المقررة فى حالة الاستحقاق الكلى، أو استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئى الذى حدث. فإذا اختار المشترى رد المبيع وما أفاده منه إلى البائع ومطالبته بالتعويضات المقررة فى حالة الاستحقاق الكلى فإن هذا يبدو متسقاً تماماً مع الواقع حيث أن المشترى ما كان ليتم البيع لو عرف بهذه الخسارة. وكل ذلك يتم فى إطار ضمان الاستحقاق لا طبقاً للقواعد العامة[1] حيث إن هذه القواعد تقضى فى مثل هذه الحالة بأن المشترى يفسخ البيع فيرد ما بقى من المبيع ويسترد الثمن مع التعويض إن كان له مقتض. وعلى ذلك فإن هذا الخيار يتم على أساس قيام العقد لا على أساس فسخه ويكون المشرع قد أراد بذلك أن يعامل المشترى كما لو كان الاستحقاق كلياً، لكن ذلك يقتضى بطبيعة الحال أن يرد المشترى للبائع ما بقى من المبيع بعد الاستحقاق حتى يستقيم الأمر وتتسق الأحكام[2].

---

(١) ويبدو من المذكرة الإيضاحية أن الأمر فى هذه الحالة يتم على أساس فسخ البيع، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٤ ص١٠١، وهذا ما أخذ به بعض الفقهاء انظر أنور سلطان، فقرة ٢٥٨ ص٣٠٦.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٦ ص١٨٠ – ١٨٢، السنهورى، الوسيط، فقرة ٣٥٣ ص٦٨٨ – ٦٨٩ بصفة خاصة هامش ١، عبد المنعم البدراوى، ص٤٨٦، محمد على إمام، فقرة ٣٦٨ مشار إليه فى السنهورى فى الموضع السابق.

الفرض الثانى : إذا لم تكن الخسارة جسيمة أى لم تصل إلى القدر الذى لو علمه المشترى لما أتم البيع. فى هذه الحالة ليس أمام المشترى إلا أن يطالب البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئى.

(ثالثاً) – توقى المشترى استحقاق المبيع، وحق البائع فى التخلص من نتائج الضمان

تنص المادة ٤٤٢ مدنى مصرى على أنه "إذا توقى المشترى استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شىء آخر، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات".

وهذا الحكم ينصرف إلى الاستحقاق الكلى والاستحقاق الجزئى. وهو يحقق التوازن بين مصالح الطرفين المشترى البائع. فقد يسر للمشترى وسيلة سهلة لتوقى الاستحقاق بالاتفاق مع المتعرض على ذلك فى مقابل مبلغ من النقد أو فى مقابل شىء آخر يؤديه له. وفى نفس الوقت أعطى المشرع للبائع الحق فى التخلص من نتائج الضمان على النحو السابق بيانه بأن يرد للمشترى ما أداه للمتعرض مع الفوائد وجميع المصروفات.

ويبدو أن هذا التوقى من الاستحقاق من جانب المشترى والتخلص من نتائج الضمان من جانب البائع يتم فى إطار وجود عقد البيع الذى يستمر فى حكم العلاقة بينهما بكل ما يرتبه من حقوق والتزامات لكل من الطرفين فيما عدا ضمان الاستحقاق الذى توقاه البائع برد ما أداه المشترى للمتعرض على النحو السابق بيانه.

المبحث الثانى
الضمان الاتفاقى

تنص المادة ٤٤٥ مدنى مصرى على أنه"١- يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق، أو أن ينقصا منه، أو يسقطا هذا الضمان".

"٢- ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان الحق ظاهراً، أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى".

"٣- ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد أخفاء الأجنبى".

وتنص المادة ٤٤٦ مدنى مصرى على أنه "١- إذا اتفق على عدم الضمان، بقى البائع مع ذلك مسؤولا عن أى استحقاق ينشأ من فعله، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك".

"٢- أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير، فإن البائع يكون مسؤولا عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق، إلا إذا أثبت أن المشترى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق، أو أنه اشترى ساقط الخيار".

- عدم تعلق أحكام الضمان بالنظام العام وصور وحدود الضمان الاتفاقى:

يتضح من هذه النصوص أن أحكام الضمان السابقة لا تتعلق بالنظام العام، لذلك يجوز الاتفاق على تعديلها. هذا الاتفاق بين البائع والمشترى على تعديل أحكام الضمان قد يكون بزيادة هذا الضمان أو بإنقاصه، أو بإسقاطه. [1]

هذا الاتفاق على تعديل أحكام الضمان يجب أن يكشف بوضوح عن اتجاه إرادة الطرفين إلى هذا التعديل، فلا يكفى فيه العبارات العامة الغامضة[2]، فمثلا عندما يذكر المتعاقد أن البائع يضمن للمشترى جميع أنواع التعرض القانونى والفعلى، أو أنه يضمن جميع أنواع التعرض والاستحقاق والرهون والتصرفات السابقة على البيع أو غير ذلك من عبارات، فإن هذا لا يعدو أن يكون تأكيد للقواعد العامة ودون أن يتضمن أى تعديل لأحكام الضمان.

وإذا ما اتفق على إسقاط الضمان أو على إنقاصه فإن هذا الاتفاق يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً لأنه يتضمن نزولاً عن الحق أو بعض حق وذلك طبقا لما

---

(١) نقض ١٩٦٤/٧/٧ مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ٩٢٠.
(٢) نقض ١٩٦٤/٧/٧ السابق الإشارة إليه.

تقضى به القواعد العامة.

ولنعرض الآن لصور وحدود الضمان الاتفاقى:

أولاً: الاتفاق على زيادة الضمان:

وهذا الاتفاق غير شائع فى العمل وذلك لأن المشترى لا يكون غالباً فى مركز يسمح لـه بفرض ذلك. كما أن فى الضمان القانونى ما يكفى لحماية المشترى حماية فعالة، فدعوى الضمان، فى حالة تعرض الغير، تكفل للمشترى تعويضاً كافياً يزيد فى كثير من الأحيان على التعويض الذى يخوله إياه دعوى الفسخ أو دعوى الإبطال.

لكن مع ذلك قد يزيد المشترى فى الاحتياط، ويشترط الرجوع بجميع المصروفات الكمالية ولو كان البائع حسن النية، أو يشترط فى حالة الاستحقاق الجزئى الرجوع بكل التعويضات التى وضعها بحالة الاستحقاق الكلى مع رد المبيع وما أفاد منه حتى ولو لم تكن الخسارة جسيمة، أو يشترط المشترى إمكانية الرجوع على البائع بمجرد علمه بسبب الاستحقاق ودون انتظار لوقوعه فعلاً. وقد يشترط المشترى عند استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً استرداد أعلى القيمتين قيمة المبيع وقت الاستحقاق أو الثمن. (١)

ثانياً: الاتفاق على إنقاص الضمان:

هذا الاتفاق شائع فى العمل وذلك راجع إلى أن البائع غالباً مايكون فى مركز يسمح بفرض إرادته على المشترى ويجعله يقبل مثل هذا الاتفاق.

والاتفاق على إنقاص الضمان قد يكون نتيجة استبعاد عمل من الأعمال الموجبة للضمان من نطاق هذا الضمان أو نتيجة إنقاص مقدار التعويض المستحق. ومثال الحالة الأولى الاتفاق على ألا يضمن البائع ما يظهر على

---

(١) أنظر منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٧ ص ١٨٣، السنهورى، الوسيط ج ٤ فقرة ٣٥٦ ص ٦٩٨.

المبيع من حقوق ارتفاق خفية لا علم لـه بها وقت البيع، أو عدم ضمان استحقاق المبيع في حال ما إذا كان هذا الاستحقاق راجعاً إلى إبطال سند ملكية البائع لعيب معين فيه أو إلى انفساخه بسبب تحقق الشرط الفاسخ. ومثال الحالة الثانية الاتفاق على أن البائع لا يكون ملتزماً عند الاستحقاق الكلى إلا برد الثمن ولو زادت قيمة المبيع وقت الاستحقاق على ذلك، أو لا يرجع عليه بالمصروفات أصلاً ولو كانت نافعة ولم يستردها المشترى من المستحق كاملة.

ويقع شرط إنقاص الضمان باطلاً إذا ارتكب البائع غشاً، كأن يشترط عدم ضمان حق معين قد يظهر لأجنبى على العين المبيعة، وهو يعلم بوجود هذا الحق فعلاً وقت البيع ويكتمه عن المشترى. ولذلك تنص المادة ٣/٤٤٥ مدنى على أنه " ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الاجنبى" لكن يجب ملاحظة أن مجرد علم البائع بحق الأجنبى وقت البيع لايكفى وحده لاعتبار أن البائع قد تعمد إخفاءه. كما أن علم كل من البائع والمشترى بحق الأجنبى وقت البيع لا يكفى وحده للقول بأن هناك اتفاقاً ضمنياً على عدم ضمان البائع لـهذا الحق وإنما يجب أن يقترن هذا العلم بملابسات وظروف تكون قاطعة فى الدلالة على شرط عدم الضمان، كأن يراعى وجود حق الأجنبى فى تقدير الثمن أو فى شروط البيع الأخرى. [1]

والاتفاق على إنقاص الضمان جائز حتى لو كان سبب الاستحقاق آتياً من جهة البائع، ولكن بشرط ألا يكون راجعاً إلى غشه، فمثلاً يجوز الاتفاق على عدم ضمان الاستحقاق الناشئ عن إبطال سند ملكيته للمبيع لسبب هو مسؤول عنه، لكن لا يجوز أن يشترط عدم الضمان للاستحقاق الناشئ عن بيعه المبيع مرة أخرى لمشتر ثان سبق إلى تسجيل عقده، أو إلى الحيازة فى المنقول. [2]

---

(١) السنهورى، الوسيط جـ ٤ فقرة ٣٥٧ ص ٧٠٠.
(٢) نفس المرجع نفس الموضع ص ٧٠١.

- حكم خاص بحقوق الارتفاق:

تنص المادة ٢/٤٤٥ مدني مصري على أنه " يفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري".

في القانون المصري إذا كان الأصل أنه لا يكفي علم المشتري بوجود الحق على المبيع حتى يكون بمثابة اشتراط البائع عدم الضمان إلا أن المشرع قد خرج على هذا الأصل وقرر علم المشتري بحق ارتفاق قائم، عن طريق معين، يكون بمثابة اشتراط عدم الضمان.

وعلى ذلك في صدد حقوق الارتفاق يكون البائع غير ضامن إما باشتراطه عدم الضمان وإما بأن يثبت أن المشتري قد علم بحق الارتفاق لأنه ظاهر أو أبان عنه البائع، أما بالنسبة للحقوق الأخرى فإن البائع لا يكون غير ضامن إلا باشتراطه عدم الضمان ولا يكفي بصددها إثبات علم المشتري بها عن أي طريق.

وعلم المشتري بحق الارتفاق الذي يكون بمثابة عدم الضمان يجب أن يكون مصدره أحد أمرين:

١- إما أن يكون حق الارتفاق على المبيع ظاهراً، أي واضحا للعيان بحيث يقع تحت بصر المشتري، أو على الأقل كان في الاستطاعة أن يراه واضحاً، عند معاينته للمبيع، فيكون مغزى سكوته قبوله بعدم ضمان البائع له، وهذا يعني أن مجرد ظهور حق الارتفاق يكفي لاسقاط الضمان، علم المشتري فعلاً أو لم يعلم. [1]

٢- أما أن يكون حق الارتفاق على المبيع غير ظاهر، ولكن البائع قد أبان عنه للمشتري. بذلك فإن كشف البائع عن حق الارتفاق للمشتري وبالتالي

---

(١) السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ٤٥٨ ص ٧٠٤.

علم المشترى به وسكوته فإن ذلك يعتبر قبولاً ضمنياً بإسقاط الضمان عن البائع.

وعلى ذلك فإن علم المشترى بحق الارتفاق عن طريق آخر غير أحد هذين الطريقين لا يفيد معنى عدم الضمان. ولذلك فإن مجرد تسجيل حق الارتفاق لايكفى لإعفاء البائع من الضمان، ما لم يشترط البائع عدم ضمانه لحق الارتفاق المسجل.

ثالثاً: الاتفاق على أسقاط الضمان:

سبق أن رأينا أن إنقاص الضمان ينصرف إلى الاتفاق على الإعفاء من ضمان الاستحقاق الناشئ عن سبب معين أو إنقاص المقدار التعويض المستحق. أما إسقاط الضمان فإن البائع يصل فيه إلى حد أنه يشترط على المشترى عدم الضمان إطلاقاً، أى أنه لا يضمن استحقاق المبيع أيا كان سبب الاستحقاق. لكن يبقى سؤالاً هاماً ما مدى صحة هذا الشرط، وما مدى أثره؟.

- فمن حيث مدى صحة هذا الشرط، فالأصل أنه يعتبر صحيحا (م٤٤٥ /١ مدنى) ما لم يكن البائع قد تعمد إخفاء حق لأجنبى يعلم أنه موجود وقت البيع (م٤٤٥/٣ مدنى مصرى) كأن يعلم البائع بوجود حق ارتفاق خفى على المبيع ويكتمه عمداً عن المشترى، ثم يشترط اسقاط الضمان اطلاقا، ثم تظهر الحقيقة بعد ذلك، فإن البائع يبقى ضامناً للمشترى للاستحقاق الناشئ عن ظهور هذا الحق رغم اشتراطه عدم الضمان.

- أما من حيث مدى أثر هذا الشرط، أى بعد ما يستحق المبيع من تحت يد المشترى، فإن للوقوف على المدى الحقيقى لأثر هذا الشرط يجب أن نميز بين ما إذا كان الاستحقاق قد نشأ من فعل البائع أو من فعل الغير:

١- إذا كان الاستحقاق قد نشأ من فعل البائع فإن هذا الشرط يكون عديم الأثر ويبقى البائع مسؤولا عن الاستحقاق (م٤٤٦/١مدنى). وعلى ذلك فإن شرط عدم الضمان العام لا يعفى البائع من التزامه بعدم التعرض الشخصى

للمشترى، كما لا يعفيه من ضمان الاستحاق الناشئ عن ثبوت حق للغير إذا كان هذا الحق قد ثبت بفعل البائع سواء قبل البيع أو بعده، كحق ملكية أو انتفاع أو ارتفاق غير الظاهر الذى لم يعلنه أو لإيجار النافذ فى حق المشترى. [1]

٢- إذا كان الاستحقاق قد نشأ من فعل الغير، فإن هذا الشرط يرتب أثره ولكن فى حدود معينة، أى لا يعفى البائع إلا من المسؤولية عن التعويض وبالتالى يبقى مسؤولا عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق (م٤٤٦/٢ مدنى مصرى).

ولكن إذا أراد البائع أن يعفى نفسه من كل عناصر التعويض المقررة فى حالة الاستحقاق الكلى للمبيع طبقا لنص المادة ٤٤٣ مدنى، يشترط فى القانون المصرى إلى جانب شرط عدم الضمان أن يثبت أحد أمرين:

الأول: أن المشترى كان عالماً وقت البيع بسبب الاستحقاق، فيستفاد من أن المشترى قد أقدم على الشراء، وهو يعلم بوجود حق الغير وقبوله شرط عدم الضمان، أنه ارتضى إعفاء البائع من كل تعويض إذا حدث أن استحق المبيع، وأنه اشترى مخاطراً فهو يتحمل مخاطرته. [2]

الثانى: أن المشترى قد اشترى ساقط الخيار إذ بذلك يصبح البيع عقداً احتمالياً [3] أى يحتمل الكسب والخسارة، وعند ذلك إذا استحق المبيع لم يكن البائع مسؤولا نحو المشترى عن شئ. ومثال ذلك إقدام شخص على شراء شئ هناك شك حول ملكية شخص أجنبى له مقابل ثمن زهيد أملاً فى عدم ثبوت هذا الحق ومن أجل ذلك يقرر فى عقد البيع أنه اشترى ساقط الخيار.

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٧ ص ١٨٩.
(٢) نفس المرجع، نفس الموضع ص ١٩٠.
(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص١٠٦.

الفرع الثانى

ضمان العيوب الخفية

ـ أهمية ضمان العيوب الخفية:

أصبحت العيوب الخفية تحتل مكانة بارزة فى العصر الحاضر مع التقدم التكنولوجى وزيادة أهمية القيم المنقولة. فالتقدم التكنولوجى أدى إلى زيادة الإقبال على شراء الأدوات والأجهزة الكهربائية المتطورة والمعقدة مما زاد من إثارة ضمان العيوب الخفية من ناحية، وزيادة الاهتمام بحماية المستهلك من ناحية أخرى.

علاوة على ذلك فإن ضمان العيوب الخفية يجاوز نطاقه عقد البيع إلى كل عقد ناقل للمكية، وكذلك العقود المتعلقة بالشئ؛ وبصفة خاصة إذا كانت هذه العقود من المعاوضات. ويرجع ذلك إلى أن هناك قاسم مشترك بين كل هذه العقود وهو أن من ينقل ملكية شئ أو الانتفاع به أو ينشئ حق شخصى يتعلق بالشئ يخول لصاحبه الانتفاع بالشئ يجب عليه أن ينقل حيازة مفيدة تمكن من انتقلت إليه من الانتفاع بالشئ فيما أعد له، ومن ثم يجب أن يضمن العيوب الخفية التى تعوق هذا الانتفاع.

ولذلك أصبح عقد البيع هو موطن التنظيم الرئيسى، الذى يتضمن القواعد العامة، لضمان العيوب الخفية ويحال إليه فى العقود الأخرى بالقدر الذى يتفق وطبيعتها، مثل ذلك عقد المقايضة (م٤٨٥ مدنى) وعقد الشركة (م ٥١١ مدنى) وعقد القرض (م ٥٤١ مدنى) وعقد الإيجار (م ٥٧٦-٥٧٨ مدنى) عقد المقاولة (م ٦٥١-٦٥٤ مدنى) ومن العقود الحديثة عقد الإيجار التمويلى، والإيجار المتضمن وعد بالبيع، والبيع الإيجارى. وفى عقود التبرع ينحصر ضمان العيوب الخفية فى نطاق محدود، مثل عقد الهبة (م ٤٩٥ مدنى) وعقد العارية (م ١/٦٣٨ مدنى). وقد ذهب القضاء الفرنسى إلى حد أنه جعل صاحب المطعم مسؤولا فى مواجهة العميل عن التسمم الناشئ عن عيب،

حتى ولو لم يمكن كشفه، فى المأكولات [1] . على العكس من ذلك فإن فنى إصلاح الآلة لا يضمن عيوب الشئ الذى قام بإصلاحه إلا إذا اشترط ذلك صراحة بمقتضى ضمان اتفاقى، أو إذا كان العقد متعاصر مع البيع (ضمان البائع). [2]

ـ تطور وتوسع ضمان العيوب الخفية:

ضمان العيوب الخفية قد اتسع نطاقه مع مرور الزمن فى مجال عقد البيع وذلك من أجل حماية المشترى. كما أن هذا الضمان قد تنوع إلى حد كبير ولنتعقب مراحل تطوره لنلمس ذلك بوضوح:

ـ فى القانون الرومانى، يرجع أصله إلى ما كان يقوم به موظفى الدولة (Ediles curules) من الإشراف على المعاملات فى روما. وكان يتعلق فى البداية ببيع الرقيق، وهو ماترك بصمة دائمة على خصائصه، حيث كان البائعون لا يتمتعون بالأمانة (ولذلك كان ينبغى إضفاء طابع أخلاقى على البيع) وكانوا أجانب ـ من الشرق ـ (وهذا ما يفسر أيضاً الحساسية الفائقة فى التجارة الدولية لضمان العيوب الخفية إلى الآن). وكان المشترون من الرومان، مما يقتضى حمايتهم (فضمان العيوب الخفية ظهر لحماية بعض المشترين). ثم امتد الضمان بعد ذلك إلى الحيوانات، ولذلك نجد أن طابعه الأخلاقى، والدولى، والحمائى، بدأ يخف ولكن دون أن يختفى. هذه الخصائص التى منحتها روما للنظام ظلت باقية فى فرنسا حتى عام ١٩٥٠. [3]

---

(١) Poitiers, 16 déc, 1970, aff. Du turbot botulique, Gaz. Pal. 24 avr. 1971, Rev. trim. Dr. civ. 71670 note G. Cornu.

(٢) Ph. Malaurie, L. Ayès, op. cit, no 379, p.235,236 J. Huet contrats, no 111308, p. 245. A. Bénabent. Op.cit. no 222 p. 138, 139.

(٣) أنظر:

Ph. Malaurie, L. Aynès, op. Cit, no 380 p. 236.
F. Collart-Dutilleul, Ph. Delebecque, op. Cit, 265 p. 208.

- **فـى التقـنين المدنـى الفرنسـى**، قد أخذ المشـرع بالتقاليد الرومانية، فموضوع الضمان هو العيب الخفى الذى يؤثر فى صلاحية الشئ للاستعمال، وأثره الأساسى هو السماح للمشترى إما بالحصول على فسخ البيع، وإما على إنقاص الثمن. وهذه القواعد تعتبر من قبيل القواعد المكملة لإرادة المتعاقدين ولذلك يمكن تعديلها بالاتفاق.

- **فيما يجرى عليه العمل فى الوقت الحاضر**، أصبح ضمان العيوب الخفية عنصـراً مـن عناصـر السياسـة التجارية، أو مايسـمى أحـيانا بالتسـويق Le markting . فقد أكثر التجار فى عقودهم من شروط الضمان، والتى تكون فى الغالب نظاماً مختلفاً عن الضمان القانونى. وعندما يتعلق الأمر بعقود مبرمة بين أحد المهنيين وأحد المستهلكين فإن هذه الشروط تهدف إلى إنقاص الضمان القانونى.

- **القضاء الفرنسى المعاصر**، منذ عام ١٩٥٠ تقريباً، تحت تأثير الفقيه هنرى مازو. [1] قامت المحاكم بإنشاء نظاماً قضائياً هاماً يهدف إلى تأمين المستهلك بطريقة شبه مطلقة. والدوافع إلى ذلك كانت واضحة، حيث أن التقدم الصناعى الهائل قد أدى إلى تعدد الأخطار وزيادتها. والقضاء يهدف إلى حماية المستهلك فى مواجهة المهنى دون أن يصل إلى جعله شخص عديم الأهلية، ويضفى على البيع الطابع الأخلاقى دون أن يصل إلى شل وسائل التجارة العادية.

فى العلاقات بين البائع المهنى (أو المنتج) والمستهلكين، قد عرف ضمان العيوب الخفية ثلاثة تحولات:

١- قد أدخل فى العيب الخفى مجموع الأضرار التى يسببها الشيء؛ وبذلك أصبح الضمان تشديداً للمسؤولية العقدية الناشئة عن فعل الشيء.

(١) H. Mazeaud, La responsabilité civile du vendeur-fabricant, Rev. trim. Dr. civ. 1955. 611-621.

٢- قد منعت الشروط المقيدة أو المسقطة للالتزامات المقررة فى نطاق الضمان القانونى، ما لم يتم إعلام المشترى بعيوب وبأخطار الشيء، أو بتحديد الالتزام بالتسليم.

٣- إن المسؤولية الناشئة عن العيوب الخفية لا تضمن فحسب المتعاقد، ولكن أيضاً عدد معين من مستعملى الشيء.[(١)]

من وجهة السياسة التشريعية فإنه سيكون من المفيد تطويع ضمان العيوب الخفية لطبيعة الشيء المبيع ولثمنه، وهذا يقتضى الأخذ فى الاعتبار المدة التى خلالها ينتظر أن يكون الشيء صالحاً للاستعمال العادى، فالمتانة المتطلبة فى سيارة لاتكون ذاتها المتطلبة فى عمارة، ولا يمكن أن تستوى المنتجات الرخيصة بالمنتجات الغالية. كما أن هناك أشياء يتطلب استعمالها التعاون بين البائع والمشترى، مثل أجهزة الحاسبات الآلية كبيرة الحجم، وهناك أشياء لايمكن أن يستخدمها إلا مشتريها وهكذا.[(٢)]

خطة الدراسة: ولدراسة ضمان العيوب الخفية فإنه يجب أن نعرض فى مبحثين على التوالى، للضمان القانونى، ثم بعد ذلك للضمان الاتفاقى.

المبحث الأول
الضمان القانونى

وفى هذا الصدد يجب أن نعرض أولا لنطاق هذا الضمان، ثم بعد ذلك نبين أحكامه.

المطلب الأول
نطاق الضمان

- العيب الخفى وتخلف صفة فى المبيع:

المشرع الفرنسى نص فى المادة ١٦٤١ من التقنين المدنى على أن

---

(١) أنظر:
Ph. Malaurie, L. Aynès, op. Cit, no 381 p. 236. J. Huet, op. Cit, no 11310 et s p. 246 et s.

(٢) أنظر فى مشروع إصلاح نظام العيوب الخفية فى فرنسا
J. Huet, op. Cit., 11314, p. 247 et s.

"يكون البائع ملزماً بالضمان بسبب العيوب الخفية فى الشيء المبيع والتى تجعله غير صالح للاستعمال الذى خصص له، أو التى تنقص بشدة هذا الاستعمال بحيث أن المشترى ما كان ليشتريه أو ما كان يدفع فيه إلا ثمنا أقل لو علم بها".

وعلى ذلك نجد المشرع الفرنسى قد أعطى للعيب معن ضيقاً، وبالتالى لم يشمل تخلف الصفة فى المبيع (١) وكذلك فعل المشرع المصرى فى القانون المصرى القديم.

ولكن المشرع المصرى فى التقنين الحالى لم يقصر ضمان البائع على العيوب الخفية وإنما وسع من معنى العيب ليشمل تخلف صفة فى المبيع كفل البائع للمشترى وجودها فيه (م ٤٤٨ مدنى).

ومن وجهة نظر السياسة التشريعية قد أحسن المشرع صنعاً، حيث أن التفرقة بين العيب الخفى وتخلف الصفة المتطلبة فى المبيع تدق فى كثير من الأحيان وتثير كثير من الصعوبات. (٢)

---

(١) فى المشروع المقدم من اللجنة المكلفة بإصلاح نظام العيوب الخفية فى فرنسا فى سنة ١٩٨٥ تحت إشراف J. Ghestin والذى قدم المشروع التمهيدى له سنة ١٩٨٧ يتضمن نص المادة ١٦٤١-١ الذى ينص على أن الشئ يعتبر معيباً:
١- عندما لا يكون مطابقاً للتوقع المشروع من جانب المشترى،
لأنه لايتوافر فيه الصفة المشروطة أو لأنه غير صالح
للاستعمال فيما أعد له".
٢- عندما لا يتوافر فيه الأمان الذى يتوقع منه بطريقة مشروعة".
أنظر: J. Huet, op. Cit., 11314, p. 245.

(٢) فى فرنسا يختلف نظام الرجوع بالعيب الخفى عن الرجوع لتخلف صفة فى المبيع من عدة نواح : من حيث المدة القصيرة المتطلبة فى العيب الخفى، من حيث الجزاء، فالفسخ لتخلف الصفة لا يتوقف على وجود ضرر حاق بالمشترى.
Civ. 1,13 oct 1933, Bull. I no 287, D. 94 211; J. C. P. 93, IV. 2639.
وكذلك صحة الشروط المقيدة لنطاق الإلتزام بالتسليم أو للضمان.
ولقد حاول الفقهاء إيجاد معيار للتفرقة بين العيب الخفى وتخلف الصفة. فاقترح العديد من المعايير.
انظر فى ذلك. Ph. Malaurie, L. Aynès, Op. cit no 28[illegible] P. 191 – 192.

وإذ كان تخلف صفة فى المبيع كفل البائع للمشترى وجودها فيه اعتبره المشرع من قبيل العيب وأجرى عليه أحكام الرجوع بضمان العيب[١]، إلا أنه يجب دائماً مراعاة الفروق بين العيب الخفى بالمعنى الفنى الدقيق وبين تخلف الصفة، لأن الجمع بينهما فى فكرة واحدة هى فكرة "العيب" وإعطاءهما حكماً واحداً لا يستقيم دائما[٢].

ولتحديد نطاق ضمان العيوب الخفية يجب **أولاً** أن نحدد العيوب الموجبة للضمان، **وثانياً** نحدد البيع الذى ينشئ ضمان العيوب الخفية، **وأخيراً** نميز ضمان العيوب الخفية عما قد يشتبه به من نظم.

أولاً : من حيث العيوب الموجبة للضمان

تنص المادة ٤٤٧ مدنى مصرى على أنه "١- يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشترى وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشىء أو الغرض الذى أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجودة".

"٢- ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى، إلا إذا أثبت المشترى أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه".

=وتذهب محكمة النقض، فى حالة ما إذا كان العيب الخفى يتمثل فى تجاهل اشتراط تعاقدى، إلى إلزام القاضى الذى ينظر دعوى الضمان للعيوب الخفية ويحكم بعدم قبولها لأنها لم ترفع فى الميعاد (م١٦٤٨ مدنى فرنسى) بأن يفحص ما إذا كان ينبغى أن يفسخ البيع بسبب تخلف التسليم.

Civ. 1, 16 juin 1993, Banduet, Bull. I, no 224, D. 94 – 546, note Th. clay.

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٤ ص١١٠، ١١١.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٩ ص١٩٣.

وتنص المادة ٤٤٨ مدنى مصرى على أنه "لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه".

يتضح من ذلك أنه يجب أن تتوافر فى العيب حتى يكون البائع ضامناً عدة شروط :

١- يجب أن يكون العيب قديماً.

٢- ويجب أن يكون مؤثراً.

٣- ويجب أن يكون خفياً.

٤- يجب أن يكون العيب غير معلوم للمشترى. ولنر كل ذلك بشئ من التفصيل.

١- يجب أن يكون العيب قديماً

المقصد الحقيقى من هذا الشرط هو أن يكون العيب راجعاً إلى المبيع ولذلك يجب أن يكون العيب سابقاً على البيع، أو بمعنى أدق سابقاً على نقل الملكية.

وعلى ذلك إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات فإنه يجب أن يكون العيب موجوداً وقت البيع، أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع فإنه يجب أن يكون العيب موجوداً وقت الإفراز وهو عادة ما يتم وقت التسليم، ويكفى أن يوجد سبب العيب قبل التسليم[1].

يستوى فى العيب الذى يضمنه البائع أن يكون راجعاً إليه أو راجعاً إلى الغير، فى هذه الحالة الأخيرة سيكون لـه أن يرجع بما دفعه على الغير.

لكن عندما يكون هناك استعمال معيب للشىء فإن العيب فى هذه الحالة لا يمكن نسبته إلى البائع ولكن إلى المشترى وبالتالى لا ضمان على البائع.

---

(١) مثال ذلك ان توجد جرثومة المرض فى الحيوان المبيع قبل التسليم ثم يظهر المرض بعد التسليم، أو أن دورة حياة السوس فى الغلال أو الخشب لا تكتمل إلا بعد التسليم بالرغم من وجود أصلها قبل التسليم.

وكذلك الأمر فى حالة ما إذا استعمل الشيء بطريقة لا تتفق والاستعمال المعتاد للشيء ما لم يكن المشترى قد اشترط الضمان على البائع فى هذه الحالات.

ولكن قد يطرأ العيب فى الفترة ما بين وقت البيع ووقت التسليم ويبقى إلى أن يتم التسليم، فأراد المشرع المصرى أن يدخل هذه الفترة فى نطاق ضمان العيوب الخفية، فاشترط أن يكون العيب موجوداً وقت التسليم.

ولو لم ينص المشرع على ذلك صراحة فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين : إما يكون هذا العيب اللاحق راجعاً إلى قوة قاهرة وفى هذه الحالة البائع يتحمل تبعته طالما كان قبل التسليم ولكن لا يضمنه ويكون للمشترى فى هذه الحالة الحق فى الفسخ أو إنقاص الثمن. وإما أن يكون راجعاً إلى خطأ البائع فإنه يكون قد أخل بالتزامه بالتسليم لأنه لم يسلم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت البيع وبالتالى يلتزم بتعويض المشترى عما يصيبه من ضرر نتيجة هذا الإخلال، وهى نفس النتيجة التى يؤدى إليها ضمان العيب[١].

أما إذا كان العيب يتمثل فى صفة معينة فى المبيع كفلها البائع للمشترى فإن البائع يضمن وجود هذه الصفة وقت التسليم. وعلى ذلك إذا تخلفت هذه الصفة وقت التسليم كان البائع ملتزماً بضمان العيوب الخفية، مثال ذلك أن الحاسب الآلى لا يتوافر فيه القوة التى كفلها البائع للمشترى[٢] وأن سرعة السفينة أقل بكثير من السرعة التى كفلها البائع للمشترى[٣] وأن عدد الكيلو مترات فى عداد السيارة غير مطابق لما اتفق عليه[٤].

٢- يجب أن يكون العيب مؤثراً

هذا الشرط ينصرف فقط إلى العيب الخفى بالمعنى الدقيق وبالتالى لا

---

(١) قارن منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٩ ص١٩٦، حيث يرى أن يكون العيب موجوداً وقت البيع فى الشيء المعين بالذات، ووقت الإفراز بالنسبة للشيء المعين بالنوع.

(٢) Civ. I, 13 Oct. 1993, stè Bouchannerie Gabriel, Bull. I., no 287, D. 94. 211; J. C. P. 93. IV. 2639.

(٣) Com. 27 avr. 1979, Bull, IV, no 132.

(٤) Civ. 1, 16 juin 1993, Bul. I, no 224; D. 94. 210; J. C. P. 93. IV. 2128.

يشمل تخلف صفة فى المبيع كفل البائع للمشترى وجودها فيه.

أ- مجرد تخلف الصفة يوجب الضمان

تنص المادة ٤٤٧ مدنى مصرى على أنه "١- يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشترى وجودها فيه، أو ....".

وعلى ذلك يتضح من عبارة النص أن المشرع يفرد لتخلف الصفة حكماً خاصاً بها ولا يتطلب فيها أن يكون مؤثراً ولذلك فإن مجرد تخلف الصفة فى المبيع وقت التسليم توجب على البائع ضمان العيب الخفى متى قام المشترى بإخطاره وذلك أياً كانت أهمية الصفة التى تخلفت وسواء كان المشترى يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم، يستطيع أن يتبينها أو لا يستطيع[١].

وقد بينا فيما سبق أن تخلف الصفة التى كفل البائع وجودها فى المبيع وإن لم يكن عيباً فى البيع بمعناه التقليدى الدقيق، أى الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع، إلا أن المشرع قد ألحقه بالعيب الخفى وأجرى عليه أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان. ولذلك يكون رجوع المشترى على البائع فى هذه الحالة بدعوى ضمان العيوب الخفية. وليس على أساس أنه قد أخل بالتزام آخر مستقل عن التزامه بالضمان[٢] ولذلك فى القانون الفرنسى حيث لا يوجد نص مماثل يجرى الفقه والقضاء على اعتبار تخلف الصفة فى المبيع إخلالاً بالإلتزام بالتسليم ويجرى عليه أحكامه[٣]. وبناء على ذلك فإنه لا يشترط

---

(١) نقض ١٩٦٩/٥/١٥ مجموعة أحكام النقض س٢٠ ص٧٩٦.

(٢) نفس الحكم السابق الإشارة إليه.

(٣) ويرى الفقه أن كل عيب خفى يعتبر بحسب تعريفه تخلفا فى التسليم لأن المشترى لا يمكن أن يطلب شيئاً معيباً. وعلى ذلك يمكن القول بأن المشترى يستطيع الخيار بين الدعوى العقدية المقررة فى القواعد العامة (والخاصة بالتسليم) وضمان العيوب الخفية (بشروطها وأحكامها الخاصة) أنظر :
Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit, no 287 p. 197. =

فى هذه الحالة فى فرنسا وفى مصر ما يشترط فى العيب الذى يضمنه البائع من أن يكون مؤثراً أو خفياً[١].

ولا يشترط أن تكون الصفات التى كفل البائع للمشترى وجودها فيه مذكورة صراحة فى عقد البيع، بل يكفى ذكرها ضمناً، فالبيع بالعينة أو البيعَ طبقاً لنموذج مفروض فيه أن يكون المبيع مطابقاً للعينة أو النموذج، فإذا اختلت المطابقة كان هذا عيباً موجباً للضمان لتخلف الصفات التى كفلها البائع

=لكن هذا الخيار قد أدين اليوم – من حيث المبدأ – من قبل القضاء وبصفة خاصة إذا كان الأمر يتعلق بعيب خفى بالمعنى الفنى، وتطلب الرجوع فقط بدعوى ضمان العيوب الخفية. انظر :

Civ.3 25 janv. 1989, Bull. III, no 20, 27 mars 1991 ibid, no 107; 23 oct 1991 ibid, no 249.

واقد انضمت إليها الغرفة المدنية الأولى فى محكمة النقض. انظر :

Civ. 1.5 mai 1993, Bull. I, no 158, D. 93. 506; note. A. Benabent, som. 242, obs. O. Tournafond; 27oct. 1993, Bull. I, no 305; 8 déc 1993, D. 94; 212.

ولكن يبدو أن الغرفة التجارية تقبل الجمع بين هذه الدعاوى لأن التعريف الذى نعطيه للعيب الخفى يشمل تخلف الصفة وبالتالى تخلف التسليم. انظر :

Com., 4 mai 1993, Bull. IV, no 173, Rev. trim. Dr. com. 94. 363 note P. Jourdain.

وهناك بعض الفقهاء يؤيدون هذا الجمع. انظر :

G. Viney. C. P. 93. I. 3727, no 29; J. C. P. 94. I. 3773 no 12.

لكن إذا كان العيب يتمثل فى الفرق بين المبيع بحسب ما تم وصفه وتمييزه بالاتفاق وبين الشىء الذى تم تسليمه فإن المشترى بالخيار بين الدعويين. انظر :

A. Benabent chrs. Précitée supra note 1 no 7; p. Jourdain, note précitée.

وعندما يمارس المشترى دعوى ضمان العيوب الخفية، بعد الميعاد، فإن قضاة الموضوع ينبغى عليهم التصدى من تلقاء أنفسهم للبحث فيما إذا كان يجب فسخ البيع بسبب تخلف البائع فى إلتزامه بالتسليم. انظر :

Civ. 1, 16 juin 1993, Baduet, Bull. I, no 224; D. 94. 546, note Th. clay.

وكانت القضية تتعلق ببيع سيارة مستعملة وكان عدد الكيلومترات غير مطابق للمتفق عليه. أو بسبب تدليسه. انظر :

Civ. 1, 16 avr. 1991, Bull. 1, no 144; D. 93. 186, note Ph. Brétaudeau. J. C. P. 91. IV. 237; Rev. trim. Dr. civ. 92, 175, note J. Normand.

ولكن يجب احترام مبدأ المجابهة بالدليل وبدعوة الأطراف لتقديم ملاحظاتهم. أنظر :

Civ. 1, 27 oct. 1993, Bull. I, no 302.

(١) انظر نقض ١٩٦٩/٥/١٥ السابق الإشارة إليه، ١٩٧٠/٤/٢٣، مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص٦٩٧، ١٩٧٥/١٠/٢٨ س٢٦ ص١٣٤٥.

للمشترى ضمناً بالمبيع طبقاً للعينة أو النموذج وإذ هلك المبيع أو نالـه عيب، فعلى المشترى أن يثبت عدم انطباق البضاعة على النموذج.

ونحن نرى أنه سوف يترتب على التفرقة بين تخلف الصفة وبين العيب الخفى بالمعنى الفنى على هذا النحو نتيجة فى غاية الأهمية، فحيث أن تخلف الصفة فى المبيع يتحدد وفقاً لما اتفق عليه بين المتعاقدين فإنه لا يمكن إثارة ضمانه إلا من جانب المشترى بينما فى العيب الخفى بالمعنى الفنى باعتباره نقيصة فى الشىء المبيع ذاته فإنه يمكن إثارة ضمانه من جانب المشترى وكل الملاك المتعاقبين لهذا الشىء وقت التسليم على نحو ما سنرى فيما بعد. كما أن وقت إثارة الضمان لتخلف الصفة سيكون غالباً عند التسليم، أما بالنسبة للعيب الخفى سيكون غالباً بعد التسليم.

ب- معيار العيب المؤثر

ويقصد بالعيب هنا الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع[1]. تنص المادة ١/٤٤٧ مدنى على أنه "...... أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعة بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشىء أو الغرض الذى أعد له....".

ويتضح من هذه النصوص أن العيب المؤثر الموجب للضمان هو العيب الذى يقع فى مادة الشىء المبيع[2] ولذلك فإن المعيار هنا معيار موضوعى محض. ولكيفية تحديد العيب المؤثر أوردت النصوص عدة معايير موضوعية أيضاً.

فالعيب المعول عليه هو الذى يكون من شأنه أن ينقص من قيمة الشىء المادية، أو من نفعه المادى – وعلى ذلك فإن العيب قد ينقص من قيمة الشىء دون أن ينقص من نفعه كما لو أن السيارة عيب فنى فى المحرك يؤدى إلى

---

(١) نقض ١٩٦٩/٥/١٥ السابق الإشارة إليه.
(٢) السنهورى، الوسيط جـ٤ فقرة ٣٦٥ ص٧١٧.

زيادة استهلاك البنزين بشكل ملحوظ فإنها صالحة لجميع الأغراض المقصودة منها وعلى أكمل وجه ولكن بها عيب ينقص قيمتها إنقاصاً محسوساً. وقد ينقص العيب من نفع الشيء دون أن ينقص من قيمته، كما أن هناك طراز من الغسالات به عيب من حيث التصميم الفنى يجعل درجة تجفيف الملابس أقل من المطلوب فهذا النوع من الغسالات رغم هذا العيب الذى ينقص من منافعها إلا أنها محتفظة بقيمتها لما تتمتع به من مزايا فنية عالية. فإذا كانت المنفعة التى تفوت المشترى بهذا العيب من المنافع المقصودة كان له أن يرجع بضمان العيوب الخفية[1]. ولتحديد ما إذا كان العيب ينقص من قيمة الشىء أو من المنافع المقصودة من المبيع، يجب الرجوع قصد المتعاقدين، ما هو مبين فى العقد، أو إلى ما هو ظاهر من طبيعة الشىء، أو الغرض الذى أعد له.

- فيما يتعلق بما هو مبين فى العقد، فإن الأمر يتعلق بصفة فى المبيع قد كفلها البائع للمشترى أو قد ذكرها البائع فى العقد وقد سبق أن رأينا حكم هذه الحالة، وهو إجمالاً أنه "..... يكفى لاعتبار العيب مؤثراً أن يخلو المبيع من صفة قرر البائع أنها موجودة فيه"[2] أى مجرد تخلف الصفة يكفى للرجوع بالضمان على البائع على النحو السابق بيانه.

- فيما يتعلق بما هو ظاهر من طبيعة الشيء، فإن هذا الأمر يفترض أن المتعاقدين لم يذكرا شيئاً – صراحة أو ضمناً – عن المنافع المقصودة من المبيع ولذلك يجب فى هذه الحالة الرجوع إلى طبيعة الشىء لتحديد هذه المنافع المقصودة وبالتالى العيوب التى تخل بهذه المنافع. فالدواء فعاليته تحدد بمدة معينة، لذلك فإن درجة معينة من القدم قد تعيبه ولكنها لا تعيب مادة غذائية، وذلك لأنها تفوت على المشترى المنافع المقصودة منه. فإذا كان المبيع متجراً،

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ٤ فقرة ٣٦٥ ص٧١٨.

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى الحالى، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٤ ص١١١ وانظر ما جرى عليه القضاء المصرى فى الفقرة السابقة.

فـإن انـتهاء رخصــته، أو بطــلان عقـد إيجــاره يفـوت علــى المشــترى المـنافع المقصـودة من شراء المتجر بحسب طبيعته وبالتالى يكون عيباً مؤثراً يخول المشترى أن يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية. وكذلك براءة الاختراع يمكن أن يكون بها عيب خفى عندما يكون هناك نقص فى الفكرة التى تقوم عليها بحيث تجعلها غير قابلة للاستغلال على النحو المعتاد[1]، وكذلك كثرة الأعطال فى الأدوات الكهربائية، كالتليفزيون والغسالة تفوت على المشترى المنافع المقصودة من شرائها بحسب طبيعتها والحاجة المستمرة لها، وكذلك الأمر بالنسبة للسيارات، والقوارب وغيرها.

- فيما يتعلق بالغرض الذى أعد لـه، وقد يكون للغرض الذى أعد المبيع لـه انعكاس واضح على تحديد ما يعتبر نقصاً فى القيمة أو المنفعة المقصودة من المبيع وبالتالى ما يعتبر عيباً مؤثراً. فعدم صلابة الأرض تعتبر عيباً مؤثراً إذا كانت أعدت للبناء ولكنها لا تكون كذلك إذا أعدت كملاعب رياضية. فإن شراء فرس للسباق ثم يتضح أنـه ليس كذلك يعتبر عيباً مؤثراً. شراء أرض زراعية على أساس أن تربتها صالحة لزراعة الموالح ثم يتضح أنها ليس كذلك يعتبر عيباً مؤثراً.

وتقدير ما إذا كان العيب مؤثراً أو غير مؤثر متروك لقاضى الموضوع يفصل فيه على ضوء الواقع وبحسب المعايير السابقة[2].

فإذا لم يكن العيب مؤثراً فلا ضمان على البائع. وعلى ذلك فإنـه لا ضمان إذا كان العيب تافهاً وجرى العرف على التسامح فى مثلـه (م٤٤٨ مدنى مصرى).

فقد جرى العرف على أن وجود بعض المواد الغريبة فى حب السمسم أو القمح أو الأرز لا يكون عيباً مؤثراً.

---

(١) Civ. 3, 24 juin 1975, Bull. III. No 214; D. 76. 193, note J. Schmidt; trib. De gran. Inst. De Paris, 15 oct. 1993. D. 94 554 note crit. J. I. Piotraut.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٩ ص ٢٠٠.

أمـا إذا كـان المبيع أشياء لا تعرف حقيقة حالـها إلا بإحداث تغيير فيها كالـثمار ذات الغـلاف الـيابس فالـبائع لا يضـمن عـيوبها الخفـية إلا إذا ضـمنها صراحة أو كان العرف المحلى يوجب هذا الضمان.

ويتضـح من ذلك أن الأصل فى الثمار ذات الغلاف اليابس، مثل الجوز واللوز والبندق والبطيخ والشمام، هو عدم ضمان عيوبها الخفية وذلك لأنه لا يمكن معرفة حقيقة حالـها إلا بإحداث تغيير فيها عن طريق كسرها. وللخروج عن هذا الأصل لابد من الاتفاق صراحة على الضمان أو إذا كان العرف المحلى يوجب على البائع الضمان فى مثل هذه الحالات.

٣ـ يجب أن يكون العيب خفياً

يعتبر العيب خفياً إذا كان المشترى غير مستطيع أن يتبينه وقت البيع إذا فحص المبيع بعناية الرجل العادى (م٢/٤٤٧ مدنى مصرى) وعلى ضوء هذا النص يجب أن تستبعد من نطاق هذا الشرط حالة ما إذا كفل البائع المشترى صفة معينة فى المبيع، ثم نبين بعد ذلك المقصود بالعيب الخفى ونطاقه.

أ ـ استبعاد حالة تخلف صفة فى المبيع كفلـها البائع للمشترى أو أكد وجودها

سبق أن رأينا أنـه إذا كفل البائع للمشترى صفة معينة فى المبيع أو أكد البائع للمشترى وجود صفة معينة فإن مجرد تخلف هذه الصفة وقت التسليم يجعل للمشترى الحق فى الرجوع على البائع بضمان العيوب الخفية.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية(١) حيث قررت أن "ضمان البائع للمشترى إغلال العقار المبيع قدراً معينة من الريع يعتبر كفالة من البائع لصفة فى المبيع مما تعنيه المادة ٤٤٧ من القانون المدنى. وتخلف الصفة التى كفل البائع وجودها فى المبيع وإن لم يكن عيباً فى المبيع بمعناها التقليدى الدقيق، لأن العيب الخفى كما عرفته هذه المحكمة هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع، إلا أنه وقد الحق المشرع حالة تخلف الصفة بالعيب

(١) نقض ١٩٦٩/٥/١٥ مجموعة أحكام النقض س٢٠ ص٧٩٦.

الخفى وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان، فإن رجوع المشترى على البائع فى حالة تخلف صفة فى المبيع كفل لـه البائع وجودها فيه إنما يكون بدعوى ضمان العيوب الخفية، ولا يكون للمشترى أن يرجع على البائع على أساس أنـه قد أخل بالتزام آخر مستقل عن التزامه بالضمان، وإذ كان القانون قد اشترط فى العيب الذى يضمنه البائع أن يكون مؤثراً وخفياً إلا أنه لم يشترط ذلك فى حالة تخلف الصفة التى كفل البائع للمشترى وجودها فى المبيع، فمجرد ثبوت عدم توافر هذه الصفة فى المبيع وقت التسليم موجب لضمان البائع بشرط قيام المشترى بإخطاره وذلك أياً كانت أهمية الصفة التى تخلفت وسواء كان المشـترى يعلـم بـتخلفها وقـت البـيع أو لا يعلـم، يسـتطيع أن يتبيـنها أو لا يستطيع...."[1].

ب ـ تحديد المقصود بالعيب الخفى ونطاقه

سبق أن قلنا أن العيب يعتبر خفياً إذا كان المشترى غير مستطيع أن يتبينه وقت البيع إذا فحص المبيع بعناية الرجل العادى[2] وعلى ذلك إذا كان العيب ظاهراً وقت أن تسلمه المشترى ولم يعترض بل رضى بأن يتسلمه فإن البائع لا يضمنه. وكذلك الأمر إذا لم يكن العيب ظاهراً ولكن البائع أثبت أن المشترى كان يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى ما لم يثبت المشترى أن البائع قد أكد لـه خلو المبيع من العيب المعين أو أن

---

(١) قد تواترت أحكام محكمة النقض على ذلك. انظر نقض ١٩٧٠/٣/١٩ مجموعة أحكام النقض س٢١ ص٤٧٥، ١٩٧٠/٤/٢٣ س٢١ ص٦٩٧، ١٩٧٥/١٠/٢٨ س٢٦ ص ١٣٤٥.

(٢) القضاء الفرنسى يفرق بين المشترى العرضى والمشترى المهنى، وتذهب محكمة النقض الفرنسية منذ ١٩٥٠ إلى أنه بالنسبة للمشترى المهنى يفترض أن يعلم بالعيوب التى فى الشىء الذى يشتريه. انظر:
Civ. 1, 18 déc. 1962, Bull. I, no 554, D. 63. 114.
ولكن يستطيع نفى هذه القرينة بإثبات غش البائع أو أن العيب لا يمكن اكتشافه. انظر فى تفصيل ذلك:
Ph. Malaurie, L. Aynès, Op. cit; no 393 p. 245.

البائع قد تعمد إخفاء هذا العيب غشاً منه. هذا الإجمال يحتاج إلى بعض التفصيل.

يتضح مما تقدم أن المشرع قد لجأ إلى معيار موضوعى لتحديد متى يعتبر العيب خفياً وهو معيار الرجل العادى. فإذا كان الرجل العادى يستطيع أن يتبين العيب الذى وجد فى المبيع وقت البيع فإن العيب يعتبر ظاهراً وبالتالى لا ضمان على البائع حتى لو أن المشترى نفسه لم يستطع ذلك لضعف إدراكه عن مستوى الرجل العادى. أما إذا كان العيب من الخفاء بحيث لم يستطع الرجل العادى أن يتبينه وإنما يلزم لذلك خبير متخصص فإن العيب يعتبر خفياً ويجب على البائع ضمانه.

لكن إذا كانت قدرة المشترى نفسه بالنسبة لبعض الأشياء لا تمكنه من مجرد الفحص المعتاد معرفة حقيقتها فإن هذا يقتضى منه الإلتجاء إلى أهل الخبرة فى ذلك، فمثلاً من يشترى منزلاً عليه أن يستأنس برأى مهندس معمارى فى معرفة حالته[1] ومن يشترى سيارة عليه أن يستعين بفنى سيارات، ومن يشترى أرض زراعية هو لا قبل له بالزراعة عليه أن يستشير مهندساً زراعياً لمعرفة حالتها. فإن لم يفعل ذلك وتبين وجود عيب فى المبيع كان يمكن أن يكتشفه رجل خبره عادى مما سبق ذكرهم فإن العيب لا يعتبر خفياً بل يعتبر ظاهراً ولا يضمنه البائع[2] ومع ذلك البائع يلتزم بضمان العيب فى هذه الحالة، إذا أثبت المشترى أحد أمرين :

١- أن البائع أكد له خلو المبيع من هذا العيب، فعزوف المشترى عن فحص المبيع بنفسه ولو بعناية الرجل العادى أو بالإلتجاء إلى أهل الخبرة عندما تقتضى طبيعة الشىء ذلك راجع إلى تأكيد البائع له ومعتمداً بذلك على أن البائع سيضمن له فى كل حال هذا العيب، فلو ظهر العيب فى المبيع رجع عليه

---

(١) انظر منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٩ ص٢٠٠، ٢٠١، السنهورى، الوسيط، جـ٤ فقرة ٣٦٧ ص٧٢٥، أنور سلطان، ٢٧٢ ص٣١٨.

(٢) نقض ١٩٦٧/١/٢٦ مجموعة أحكام النقض س١٨ ص٢٦٤.

بالضمان. مثال ذلك أن المشترى عندما شك فى قوة احتمال خشب سقف المنزل فأكد لـه البائع أنـه خـال من السوس ثم تبين وجود السوس، أو إذا أكد البائع للمشترى أن المحل التجارى المبيع لـه رخصة ثم تبين أنه غير مرخص، أو أن البذور خالية من الآفات وصالحة للإنبات ثم اتضح أن بها آفة تجعلها غير صالحة للإنبات[1]. وكما هو واضح من هذه الأمثلة أنه لا يكفى أن يؤكد البائع للمشترى خلو المبيع من العيوب بوجه عام، بل يجب أن ينصب التأكيد على خلو المبيع من عيب معين أو عيوب معينة بالذات.

٢- أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه، مثل ذلك وضع نوع معين من الزيوت فى السيارة عند تجربتها بدلاً من الزيت العادى للمحرك بقصد إخفاء عيب فى محركها، أو إذا كان بهيكل السيارة كسر عمد البائع إلى لحامه وإخفائه بالطلاء حتى لا يكتشفه المشترى. فى مثل هذه الحالة يكون البائع ضامناً إذا لم يتبين المشترى العيب حتى ولو كان فنى السيارات العادى يستطيع أن يتبينه أى ولو كان ظاهراً[2].

- والعبرة فى خفاء العيب بوقت البيع، بحيث لا يؤثر ظهوره بعد ذلك على التزام البائع بالضمان.

٤- يجب أن يكون العيب غير معلوم للمشترى

تنص المادة ٢/٤٤٧ مدنى مصرى على أنه "ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع...".

وعلى ضوء هذا النص يجب أن نحدد نطاقه، ثم نبين المقصود بعلم المشترى والشروط الواجب توافرها فيه.

أ- استبعاد حالة تخلف الصفة التى كفلها البائع للمشترى فى المبيع

سبق أن رأينا أن القضاء المصرى يذهب إلى أنه فى حالة تخلف الصفة

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٩ ص٢٠١.
(٢) نفس المرجع فى نفس الموضع.

التى كفل البائع للمشترى وجودها فى المبيع، أن مجرد ثبوت عدم توافر هذه الصفة فى المبيع وقت التسليم موجب الضمان البائع متى قام المشترى بإخطاره وذلك أياً كانت أهمية الصفة التى تخلفت وسواء كان المشترى يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم، يستطيع ان يتبينها أو لا يستطيع(١).

بـ المقصود بعدم علم المشترى بالعيب

هذا يعنى أنه لا يكفى أن يكون العيب خفياً، بل يجب أيضاً أن يكون المشترى غير عالم به وقت البيع. وتفسير ذلك بسيط حيث إنه إذا ثبت أن المشترى كان يعلم بالفعل بوجود العيب وقت التسليم بالرغم من خفائه، فإن علم المشترى بالعيب وسكوته عليه يعد رضاء منه به، ونزولاً عن حقه فى الرجوع بالضمان(٢).

والعلم المسقط للضمان للعيب الخفى هو العلم الحقيقى دون العلم الافتراضى، فمثلاً نشر مرسوم اعتماد وقوع العقار المبيع داخل خط التنظيم بالجريدة الرسمية لا يدل بذاته على علم المشترى بهذا العيب(٣). كما أن العلم الحقيقى المتطلب لا يكفى للدلالة عليه مجرد إقرار المشترى فى عقد البيع بمعاينته للمبيع المعاينة النافية للجهالة أو قلة ثمن المبيع(٤).

ما دام العيب خفياً، فالمفروض أن المشترى لا يعلم به، فإذا أراد البائع أن يتخلص من الضمان، فعليه عبء إثبات أن المشترى كان يعلم وقت استلام المبيع بهذا العيب، ويجوز له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات(٥).

ـ أثر علم البائع أو جهله بالعيب

فإذا كان علم المشترى مسقط لضمان العيب الخفى فإن علم البائع أو

---

(١) انظر نقض ١٩٦٩/٥/١٥ وباقى الأحكام الأخرى السابق الإشارة إليها.
(٢) السنهورى، الوسيط، جـ٤ فقرة ٣٦٨ ص٧٢٧.
(٣) نقض ١٩٦٢/٥/١٤ مجموعة أحكام النقض س١٣ ص٨٠٨.
(٤) نقض ١٩٨٥/٢/٢٨ الطعن رقم ١٦٧٤ سنة ٥٤ ق.
(٥) نقض ١٩٦٦/١٠/٢٠ مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص١٥٥٢.

جهلـه بالعيـب، أى سـواء كـان حسـن أو سـيء النـية، لا يؤثـر علـى التزامه بالضمـان مـن حيث المبدأ. وقد نصت على ذلك العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية مـن المـادة ٤٤٧ بقولـهـا "...... ويضـمن البـائع هـذا العيـب ولـو لـم يكـن عالمـاً بوجوده".

ولكن علم البائع بالعيب أو جهلـه لـه تأثير علـى أحكـام هذا الالتزام، فيكون لذلك أثر فـى الاتفـاق علـى تعديل أحكـام الضـمان، كما يكون لـه أثر فـى مقدار التعويض الذى يستحقه المشترى بسبب العيب الخفى، وكذلك يكون لـه أثر، إذا اقترن العلم بـالغش، فـى إطالـة مـدة التقادم إلـى خمس عشرة سنة على نحو ما سنرى ذلك تفصيلاً فيما بعد.

ثانياً : من حيث البيع الذى ينشىء الضمان

يمتد نطـاق ضـمان عدم التعرض والاستحقاق ليشمل كل البيوع، لكن بالنسبة لضـمان العيوب الخفية فالمشرع ينص فـى المـادة ٤٥٤ مدنى مصرى على أنه "لا ضمان للعيب فى البيوع القضائية، ولا فى البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد".

والحكمـة مـن ذلك، كمـا تقـول المذكرة الإيضـاحية، أن البـيع بالمـزاد، سـواء مـن جهـة القضـاء أو مـن جهـة الإدارة "قد أعلن عنه، وأتيحت الفرصـة للمزايدين أن يفحصـوا الشـىء قبل الإقدام على المزايدة. فيحسن بعد أن اتخذت كل الإجراءات ألا يفسخ البيع لسبب كـان يمكن توقيه، فتعاد إجراءات طويلة بمصروفات جديدة يتحمل عبئها المدين"[1].

وعلـى ذلك فـلا ضـمان للعيوب الخفية فى البيوع القضـائية التى يستلزم القانون أن تتم تحت إشراف القضاء، كبيع اموال المدين جبراً لسداد ديونه، وبيع أمـوال المفلـس، وكبـيع أمـوال القاصـر والمحجـور عليه فـى المـزاد. وكذلـك لا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية.

ضمان للعيب الخفى فى البيوع التى تجريها الإدارة بالمزاد، لاقتضاء الضرائب مثلا[1].

أما إذا كان البيع مما لا يستلزم القانون حصوله بواسطة القضاء فلا يسرى عليه هذا النص ولو تم فعلاً أمام جهة قضائية كما إذا تمت القسمة بين الشركاء كاملى الأهلية بطريق التصفية أمام المحكمة[2].

وفيما وراء ذلك فإن كل البيوع تنشىء التزام بضمان العيوب الخفية ويستوى فى ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل، ويستوى فى ذلك أن يكون المبيع عقاراً أو منقولاً، أو أن يكون مادياً أو معنوياً.

ويذهب القضاء الفرنسى إلى إلزام البائع بضمان العيوب الخفية فى بيع الأشياء المنقولة المستعملة[3] وبطبيعة الحال فإن المشترى لا يمكنه أن ينتظر أن تكون نوعية الأشياء المستعملة هى نفسها للأشياء الجديدة، كما هو الحال بالنسبة للسيارات المستعملة مثلاً، وقد كان الاتجاه، قبل ذلك، أن هذا النوع من البيع لا يوجد فيه، ما لم يكن هناك اشتراط خاص، ضمان للعيوب الخفية لأن العيب الناشىء من القدم لا يمكن أن يكون خفياً. ولكن هذا الاتجاه لم يلقَ أى قبول حيث أن معظم البيوع العقارية تكون لأشياء مستعملة[4].

وإذا كان المبدأ الذى وضعه القضاء واضحاً إلا أن تطبيقه كان نسبياً. فالبائع يضمن للمشترى الاستعمال العادى الذى يمكن أن ينتظر عقلاً من الشىء. وكل ذلك يعتمد بطبيعة الحال على حالة الشىء من حيث القدم، فإذا

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ٤ فقرة ٣٧١.ص٧٣٢.

(٢) أنور سلطان، فقرة ٢٨٢ ص٣٢٨، منصور مصطفى منصور فقرة ٩٠ ص٢٠٣. السنهورى، فقرة ٣٧١ ص٧٣٣.

(٣) Com. 11 juin 1954, D. 54. 697, Gaz. Pal. 54. II. 258, Rev. trim. Dr. civ. 55. 128, note J. Carbonnier.

(٤) انظر:
G. Levy, Recherches sur quelques aspects de la garantie des vices cachs dans la vente des véhicules neufs et d'occasion, Rev. trim dr. civ. 1970. 1.63.

كانت العيوب ناشئة عن قدمه فإنها لا تكون عيوب خفية[١] ويمكن أن يستدل على ذلك من الثمن الذى دفعه المشترى[٢] أو من ظاهر الشىء[٣].

وتتضمن مثل هذه البيوع عادة شروطاً مقيدة لضمان العيوب الخفية وقد ذهب أحد الأحكام إلى اعتبار مثل هذا الشرط معفى من المسؤولية[٤] ويذهب القضاء الفرنسى إلى اعتبار أن هذا الشرط عديم الأثر إذا كان فى عقد بيع بين مهنى وغير مهنى[٥].

كما أن القضاء الفرنسى يذهب بصدد تطبيق الإلتزام بضمان العيوب الخفية إلى التفرقة بين الأشياء الخطرة والأشياء غير الخطرة.

ويذهب القضاء الفرنسى إلى أنه بالنسبة للأشياء الخطرة ينبغى على البائع أن يخطر المشترى، بل والغير، عندما يكونوا من مستعملى الشىء بالخطر الناشئ عن الشىء وبطريقة الاستعمال التى تسمح بتجنب الحوادث[٦] ما لم يكن الخطر واضحاً للعيان[٧].

علاوة على ذلك تذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أن دعوى المسؤولية العقدية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة l' obligation de sécurité لا تخضع لمدة التقادم القصير الواردة فى المادة ١٦٤٨ والخاصة بدعوى ضمان العيوب الخفية[٨].

وإذا كان المبيع من الأشياء الحديثة فقد ذهب بعض الفقهاء أن هذه الأشياء تتضمن اختراعات فنية وبالتالى يجب ألا يكون البائع ملتزماً بصددها

---

(١) Verseilles, 28 sept. 1990 D. 91, som. 168, note Tournafond.

(٢) فمثلا المشترى لسيارة لم يدفع إلا ثمن هيكلها فإنه لا ينتظر منها أن تعمل.

(٣) Com. 5 févr. 1974 Bull. IV, no 50.

(٤) Civ. 1.25 juin 1968, Bull. I; no 183.

(٥) انظر على سبيل المثال:
Com. 14 déc. 1970, Bull. No 345.

(٦) Civ. 2.5 mai 1959, Bull. II, no 350, J. C. P. 59. II. 11155.

(٧) وكان يتعلق بأسطوانة غاز Civ. 1.21 janv. 1959, Bull. I. No 43.

(٨) Civ. 1.27 Janv. 1993, Bull. I. No 44, D. 94. som. 238, note. O. Tournafond.

بضمان العيوب الخفية والقول بغير ذلك سيؤدى إلى وقف التقدم التقنى، وخاصة وأن المشترى يعرف أنه يشترى مثل هذه الأشياء على مخاطرة[١].
على العكس من ذلك يذهب القضاء إلى أن هناك التزاماً خاصاً بالتبصير يقع على عاتق البائع يهدف إلى تبصير كل من يستعمل الشىء بطريقة استعمالة والمخاطر الناشئة عنه[٢].

وهناك ما يسمى بمخاطر التطور وذلك عندما يتعلق الأمر بمنتج تم تصنيعه وبيعه، ولكن كان يستحيل، فى بعض الأحيان، بما هو متاح من تكنولوجيا العصر الكشف حينئذ عن العيب، حيث أن أوجه القصور فيه لم تظهر إلا بعد ذلك لأن وسائل التصنيع والمعرفة قد تغيرت[٣] والقضاء منقسم حول هذا الموضوع ولكنه يذهب بصفة عامة إلى اعتبار أن المورد هو الذى يتحمل هذه المخاطر[٤] ما لم يكن الأمر يتعلق بالدواء[٥].

ثالثاً – تمييز ضمان العيوب الخفية عما قد يشتبه به من انظمة

وحيث أن المشرع قد خص ضمان العيوب الخفية بقواعد خاصة فإنه يلزم أن نميز بينه وبين الأنظمة الأخرى التى قد تشتبه أو تجتمع معه لمعرفة الأحكام الواجبة التطبيق.

ولذلك يجب أن نميز بين ضمان العيوب الخفية والغلط والتدليس، وبين ضمان العيوب الخفية والفسخ لعدم التنفيذ والعجز فى المقدار وضمان الاستحقاق الجزئى. ولنرَ ذلك بشىء من التفصيل.

---

(١) M. Alter, I' obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels. Thèse Grenoble; L. G. D. J. 1972, préf. P. Catala.

(٢) انظر على سبيل المثال
Com. 2mai 1990, Bull. IV, no 133.

(٣) H. C. Tachner, la future responsabilité du fait des produits défectueux dans la communauté européenne, J. C. P. 1986, éd Entrp. No 14761.

(٤) Civ. 3.30 nov. 1983, Bull. III. No 253; Rev. trim dr-civ. 86 – 136.

(٥) Civ. 1.8 avr. 1986, Bull. I. No 82. J. C. P. 87. II. 20271, note G. Vala et A. Viandier, Rev. trim. Dr. civ. 87. 777. note crit J. Huet.

١- التمييز بين ضمان العيوب والغلط

الغلط وهم يقوم في الذهن يجعل المتعاقد يتصور المبيع على غير حقيقته. والغلط يقع فيه المتعاقد حال تكوين إرادته، فهو عيب يصيب الإرادة فيتوهم أمراً على غير حقيقته فعندئذ تنطلق إرادته إلى إبرام العقد. فمن يشترى تحفة على أنها أثرية ثم يتبين أنها عادية، يتعاقد وقد عاب الغلط إرادته. فالغلط على هذا النحو أوسع نطاقاً من العيب لأنه قد يتحقق والمبيع سليم خال من العيوب كما لو تصور مشترى جهاز كمبيوتر معتقداً أنه من ماركة معينة ثم يتضح أنه من ماركة أخرى ومع ذلك يمكن أن يكون العيب الخفى سببا للغلط ولكن العكس غير متصور إذ يمكن أن يكون هناك غلطاً دون أن يكون عيباً خفياً[1].

وبالرغم من اجتماع الغلط والعيب الخفى في بعض الفروض إلا أنه يبقى هناك مع ذلك فروق في طبيعة المعيار وفي الشروط، وبالتالي اختلاف في النظام القانوني لكل منهما.

فالغلط يقع في صفة جوهرية في المبيع دفعت المشترى إلى التعاقد، لأن هذه محل اعتبار من جانب المشترى بغض النظر عن أنها تتصل بالغرض الذى أعد له الشيء أم لم تتصل. أما العيب الخفى فيقع في الغرض الذى أعد له المبيع فيجعله غير صالح لهذا الغرض، سواء كان هذا محل اعتبار من جانب المشترى أو لم يكن كذلك. وعلى ذلك فإن هناك اختلاف في طبيعة المعيار الذى نركن إليه لتحديد الغلط أو العيب الخفى. فالمعيار في الغلط معيار شخصى أو ذاتى أى يكفى أن تكون الصفة الجوهرية في المبيع دافعة للمشترى بالذات إلى التعاقد وبصرف النظر عن اتصالها بالغرض المعد له الشيء أو عدم اتصالها بذلك. أما العيب الخفى فالمعيار بصدده معيار موضوعى يقدر بالنظر إلى

(١) انظر :
D. Tallon, Erreur sue la substance et garanties des vices dans la vente mobilière, Etude Hamel, Dollaz 1961, PP. 435 – 457.

الغرض الذى أعد لـه المبيع، فإذا جعلـه غير صالح لـهذا الغرض اعتبر عيباً خفياً، سواء كان ذلك محل اعتبار من جانب المشترى أو لم يكن كذلك.

كما أن المعيار بصدد الغلط أكثر تشدداً إذ يلزم أن يكون الغلط جوهرياً. بمعنى أن يصل إلى حد من الجسامة بحيث يمتنع معه المشترى عن إبرام العقد لو لم يقع فى الغلط (م١/١٢١ مدنى مصرى) أما العيب الخفى فلا يلزم أن يصل إلى هذا الحد من الجسامة.

واختلاف الفلسفة التى يستجيب لـها كل من الغلط والعيب الخفى تؤدى إلى فروق جوهرية بينهما. فتقدير الغلط يكون وقت إبرام العقد لضمان سلامة الإرادة التى تكون العقد، أما العيب الخفى فيقدر عند التسليم لضمان أن المبيع يحقق الغرض المعد لـه. ولذلك أدى ذلك إلى اختلاف الجزاء المترتب على كل منهما. كما أن فلسفة الغلط وإن كانت تهدف إلى حماية المتعاقد إلا أنها فى نفس الوقت تراعى استقرار التعامل والتى تختلط بمصلحة المتعاقد الآخر. لذلك استلزم الأمر أن يكون البائع على اتصال بالغلط حتى لا يفاجأ بإبطال العقد، فاشترط أن يكون البائع واقعاً فى نفس الغلط. أى جاهلاً حقيقة المبيع، أو أن يكون على علم بأن المشترى يجهل حقيقة المبيع، أو كان من السهل عليه أن يعلم ذلك (م١٢٠ مدنى) أما العيب الخفى فلا أثر لعلم البائع أو جهله بوجود العيب أو بأن المشترى يجهل وجوده لأن فلسفته تقوم على ضمان البائع للمشترى صلاحية المبيع لأداء الغرض المعد لـه.

بناء على ما تقدم فإذا كان العيب الخفى تمثل فى أن بالمبيع عيباً يجعله غير صالح للغرض المقصود نتيجة تخلف صفة جوهرية فى اعتبار المشترى وكان المشترى غير عالم بالعيب وكذلك البائع. فإن ذلك يشكل غلطاً إلى جانب اعتباره عيباً خفياً فإن للمشترى الخيار بالرجوع بدعوى ضمان العيب أو بدعوى الغلط. وفى هذه الحالة لا يتقيد بالقواعد المنظمة لدعوى ضمان العيب،

كالإخطار، ومدة التقادم القصيرة، وبداية احتساب التقادم غير ذلك على النحو الذى سوف نراه فيما بعد.

لكن إذا تخلف شرط من شروط الغلط السابق ذكرها فإنه لا يكون للمشترى إلا الرجوع بدعوى ضمان العيب.

٢ـ التمييز بين ضمان العيوب الخفية والتدليس

اختلاف فلسفة التدليس باعتباره عيباً من عيوب الإرادة تختلف عن فلسفة ضمان العيب الخفى على النحو الذى بيناه بصدد الغلط ولذلك نجد أن هناك فروق جوهرية تميز بينهما سواء من حيث طبيعة المعيار ومداه، ومن حيث الشروط وبالتالى من حيث النظام القانونى.

وعلى ذلك قد يجتمع التدليس مع ضمان العيب إذا توافرت شروط التدليس، وذلك فى حالة ما إذا كان بالمبيع عيب خفى تعمد البائع إخفاءه عن المشترى غشاً منه مع توافر الشروط الأخرى للتدليس فيكون للمشترى الخيار بين الدعويين ولكن قد يقوم التدليس دون أن يقوم ضمان العيب وذلك فى حالة توافر جميع شروط التدليس ولكن تخلف شرط لضمان العيب كأن يكون الغلط الذى انساق إليه المشترى نتيجة التدليس لا يتصل بالغرض المقصود من المبيع. كما أنه قد يقوم ضمان العيب دون أن يكون هناك تدليس فى حالة ما إذا لم يدلس البائع على المشترى أو لم يكن يعلم بالعيب أصلاً حيث أن ذلك لا يمنع الضمان ولكن يتخلف به شرط فى التدليس.

٣ـ التمييز بين ضمان العيوب الخفية والفسخ لعدم التنفيذ

تقوم فلسفة العيب الخفى على أنه لا يكفى أن يقوم البائع بنقل ملكية المبيع للمشترى وتمكينه من حيازته حيازة هادئة وإنما يلزم أيضاً أن يكون المبيع خال من العيوب الخفية التى تجعله غير صالح لتحقيق الغاية التى قصد إليها المشترى. أما فلسفة الفسخ فتقوم على تخلف البائع عن تنفيذ التزامه بتسليم المبيع بالحالة المتفق عليها. ومن هنا نجد أن ضمان العيب قد يتلاقى مع الفسخ

لعدم التنفيذ ولكن يبقى كل منهما محتفظاً بخصائصه ونطاقه القانونى. كما أنهما قد لا يلتقيان.

وعلى ذلك قد يقوم الفسخ لعدم التنفيذ دون أن يقوم ضمان العيب لعدم توافر شروطه، فمثلاً إذا اشترط المشترى أن يكون المبيع بحالة جيدة، ثم يتبين أنه ليس كذلك وإن كان هذا لا يمس صلاحيته لأداء كل الأغراض المقصودة منه، ففى هذه الحالة لا يكون أمام المشترى إلا طلب فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لإلتزامه بالتسليم ولا يجوز له أن يرجع على البائع بضمان العيب.

وعلى العكس من ذلك قد يقوم ضمان العيب لتوافر شروطه دون أن يقوم الفسخ لعدم التنفيذ لعدم توافر شروطه، فمثلاً إذا وجد المشترى المبيع فى الحالة التى اشترطها، ولكن وجد به عيباً خفياً ينقص من صلاحيته للغرض المقصود فى هذه الحالة لا يكون أمام المشترى إلا الرجوع بضمان العيوب دون الفسخ.

أخيراً قد يجتمع كل من الفسخ لعدم التنفيذ وضمان العيب وذلك حالة ما إذا اشترط المشترى أن يكون المبيع فى حالة صالحة للغرض المقصود، أو كفل البائع للمشترى وجود صفات معينة فى المبيع ثم تبين أن المبيع ليس فى هذه الحالة أو تخلفت الصفة، فى هذه الحالة يجوز للمشترى أن يرجع بالفسخ لعدم التنفيذ لأن البائع لم ينفذ التزامه بتسليم المبيع بالحالة المتفق عليها أو لتخلف الصفة التى كفلها البائع للمشترى كما له أن يرجع بدعوى ضمان العيب لتوافر شروطه فى الحالتين طبقاً لنص المادة ٤٤٧ مدنى.

والرجوع بالفسخ لعدم التنفيذ يختلف عن الرجوع بضمان العيب فى كثير من الجوانب، ففى الرجوع بالفسخ لا يشترط عدم علم المشترى بالعيب، ولا يلزم الإخطار على خلاف دعوى الضمان. ويجوز الفسخ فى كل البيوع ولو كانت قضائية أو إدارية بخلاف ضمان العيب. ومدة التقادم فى الفسخ خمس عشرة سنة من وقت إخلال البائع بإلتزامه، فى دعوى الضمان سنة من وقت

التسليم ويترتب على الفسخ زوال العقد بأثر رجعى أما فى ضمان العيب فالبيع قائم وعلى أساسه إما أن يرد المشترى المبيع ويأخذ تعويضاً من المشترى، وإما أن يستبقى المبيع مع أخذ تعويض[1].

٤- التمييز بين ضمان العيوب الخفية والعجز فى مقدار المبيع

العجز فى مقدار المبيع يتمثل فى نقص فى كميته. أما العيب الخفى فى المبيع فنقص فى قيمة المبيع أو منفعته بحسب الغاية المقصودة منه وبالتالى لا شأن لـه بمقدار المبيع أو كميته. وبالتالى فإن العجز فى مقدار المبيع يتعلق بنقص فى الكم أما العيب الخفى فيتعلق بنقص فى الكيف أو الكيفية[2] وتختلف دعوى العجز عن دعوى ضمان العيب فى أن هذه الأخيرة تستلزم أن يكون المشترى غير عالم بالعيب ولا يشترط ذلك فى الدعوى الأولى. ونطاق دعوى العجز يتسع ليشمل كل البيوع دون استثناء، فى دعوى الضمان يستثنى بيع المزاد القضائى أو الإدارى.

وتتفق الدعوتان فى أن مدة التقادم فى كل منهما سنة واحدة من وقت التسليم الفعلى، وفى أن المشترى يستطيع رد المبيع أو استبقاءه إذا كان العجز أو العيب جسيماً وليس لـه رد المبيع إذا كان العجز أو العيب غير جسيم. ولكن أساس هذا الرد مختلف ففى دعوى العجز رد المشترى للمبيع يكون عن طريق فسخ البيع، أما فى عدوى ضمان العيب فإن رد المشترى للمبيع يتم على أساس أن العقد قائم.

٥- التمييز بين ضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق الجزئى:

الخط الفاصل بينهما أنه فى ضمان الاستحقاق الجزئى يفترض أن هناك تعرضاً للمشترى من جانب الغير الذى يدعى حقاً على المبيع. على العكس من ذلك بالنسبة لضمان العيب، فإنه لا ينشأ عن حق للغير على المبيع وإنمـا ينتـج

---

(١) انظر السنهورى، الوسيط، جـ٤ فقرة ٣٨٤ ص٧٦٧، ٧٦٨.
(٢) انظر السنهورى، الوسيط، جـ٤ فقرة ٣٨٥ ص٧٦٨.

عن وجود عيب فى المبيع ينقص من قيمته أو منفعته.

ويتفق كل من ضمان العيب وضمان الاستحقاق الجزئى من حيث الفلسفة حيث أن كل منهما يهدف إلى ضمان تمتع المشترى بكل منافع الشيء ومزاياه دون انتقاص. ومن هنا جاء اتفاق كل منهما فى الجزاء المقررة عند الإخلال بهما. وفيما وراء ذلك فإن هناك اختلافات تفصيلية، كاشتراط حسن نية المشترى فى ضمان العيب وعدم اشتراطه فى ضمان الاستحقاق الجزئى، وكجواز ضمان الاستحقاق فى كل البيوع بما فيها البيع بالمزاد القضائى أو الإدارى بينما تستثنى هذه البيوع الأخيرة من ضمان العيوب.

المطلب الثاني

أحكام الضمان

هنا سنعرض لرابطة الالتزام بضمان العيب من حيث أطرافها، البائع والمشتري، ثم نبين بعد ذلك الرجوع بالضمان.

أولا – رابطة الإلتزام بضمان العيب:

ونجد أن الإلتزام بضمان العيب يقع علي البائع بإعتباره مدينا به ، ويكون للمشتري حقا في هذا الضمان ولنر ذلك بشيء من التفصيل .

١ – البائع مدين بالالتزام بضمان العيب- قابلية الضمان للانقسام:

يقع علي عاتق البائع إلتزام بضمان العيوب الخفية، وهذا الإلتزام لا ينتقل إلي ورثته بل يبقي دينا في التركة. فبعد وفاة البائع يرجع المشتري بضمان العيب الخفي علي ورثة البائع بإعتبارهم ممثلين لتركته لا بصفتهم الشخصية.

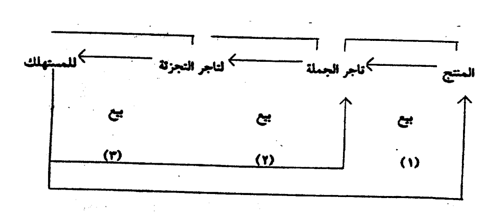
ودعوي ضمان العيوب الخفية بحسب مآلها تتمثل في مبلغ من التعويض وهو إلتزام محله مبلغ من النقود وبالتالي يكون قابلا للإنقسام.

فإذا باع شخصان عينا شائعة بينهما كان المشتري أن يرجع بضمان العيب علي البائعين كل بقدر نصيبه في المبيع. [1]

٢ ـ المشتري دائن في الإلتزام بضمان العيب: قابلية الضمان للإنقسام:

ويعتبر المشتري دائنا في الإلتزام بضمان العيب. وهذا الحق ينتقل إلي ورثته عند وفاته. وينقسم التعويض المستحق علي سبيل الضمان عليهم بقدر نصيب كل منهم في العين المبيعة. لكن إذا إختار الورثة رد المبيع عند توافر شروط ذلك فإنه يجوز للبائع أن يطالبهم بالإتفاق علي رد العين المبيعة حتي لا يرد عليه بعض الورثة جزء منها و بالتالي تتفرق عليه الصفقة. [2]

وينتقل حق المشتري في ضمان العيب إلي خلفه الخاص. فلو أن المشتري باع العين المبيعة إلي مشتر ثان كان لهذا المشتري الثاني بإعتباره خلف خاص للمشتري الأول في العين المبيعة أن يرجع بدعوي سلفه المشتري الأول علي البائع حيث أن هذه الدعوي قد إنتقلت مع المبيع من المشتري الأول إلي المشتري الثاني ويستمر الحال علي هذا المنوال عند تتابع البيوع وسنبين ذلك بالرسم التوضيحي الآتي:



---

(١) السنهوري،الوسيط ، جـ ٤ فقرة ٣٦٩ ص ٧٣٠.
(٢) السنهوري،الوسيط ، جـ ٤ فقرة ٣٧٠ ص ٧٣٠.

فالمستهلك لـه دعوي الضمان الناشئة عن عقد البيع (٣) يرجع بها علي بائعه مباشرة. وممكن لبائعه أن يرجع بما دفعه علي بائعه هو (٢) وهكذا. علاوة ذلك فإن المستهلك وهو المشتري الأخير للسلعة لـه دعوي مباشرة علي تاجر الجملة وعلي المنتج ولكن يشترط لـهذا الرجوع المباشر شرطان:

١- أن تكون ما زالت مدة التقادم لم تنقض بعد وهي تحسب من قت تسلم تاجر الجملة المبيع من المنتج.

٢- أن يكون العيب موجود عند إبرام كل عقد من هذه العقود المتوالية حتي يكون المنتج وتاجر الجملة ضامنين هذا العيب للمستهلك.

وقد إختلف الفقه في تفسير إنتقال دعوي الضمان المباشرة إلي الخلف الخاص للمشتري. فذهب البعض إلي أن ذلك يكون نتيجة لاشتراط لمصلحة الغير [١] ووجه التصنع في هذا الرأي واضح. وذهب البعض الآخر إلي أن ذلك نتيجة لحوالة حق ضمنية[٢] وهذا الرأي واضح فيه تصنع أيضا، علاوة علي أنه لم تتبع أي من الإجراءات اللازمة للحوالة في هذا الشأن. وقد سبق أن قلنا أن هذه دعوي المباشرة، بالرغم من أنه لم يوجد أي نص صريح عليها، إلا أن تعتبر من ملحقات الشيء المبيع [٣].

علاوة علي ذلك يكون للمستهلك بإعتباره دائنا بحق الضمان أن يرفع دعوي غير مباشرة بإسم تاجر التجزئة علي تاجر الجملة أو المنتج لكن في هذه الحالة سيتعرض لمزاحمة جميع دائني تاجر التجزئة. وتسري مدة تقادمها أيضا من وقت أن تسلم تاجر الجملة المبيع من المنتج.

- ويمكن أن يستفيد دائن المشتري من ضمان البائع للعيب عن طريق الدعوي غير المباشرة، فيجوز لـه أن يرفع بإسم المشتري دعوي

---

(١) R. Savatier,Le Prétendu Principé de La rélativité du contrat, Rev. trim dr. civ. 1939. 525.

(٢) R. Rodière, note sous Aix, 5 oct. 1954 J. C. P. 55. II. 8548.

(٣) Aubry et Rau, t. II. 7 éd, 1961 Par P. Esmein 176, no 169.

ضمان العيب علي البائع طبقا لأحكام الدعوي غير المباشرة. ولكن في هذه الحالة سيتعرض الدائن لمزاحمة جميع دائني المشتري.

- ومما تجدر ملاحظته أنه عندما يسبب العيب في الشيء ضررا للغير، شخص أجنبي تماما علي العقد، فإن مسؤولية المنتج لا يمكن أن تكون عقدية[١]، وإنما تكون تقصيرية[٢]. لكن إذا كان المبيع من الأشياء الخطرة التي تحتاج إلي عناية خاصة، كإسطوانة غاز، أو آلة ميكانيكية فإن المحاكم الفرنسية تقرر أن المنتج يعتبر " حارسا للتكوين أو للهيكل gardien de la structure وبالتالي تكون مسؤوليته مسؤولية تقصيرية عن الأشياء طبقا للمادة ١/١٣٨٤ مدني، وذلك إذا تم إثبات العيب [٣].

ثانيا – الرجوع بالضمان:

إجراءات الرجوع :

تنص المادة ٤٤٩ مدني مصري علي أنه " (١) إذا تسلم المشتري المبيع، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك، وفقا للمألوف في التعامل، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة، فإن لم يفعل إعتبر قابلا للمبيع "

(٢) أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري، وجب عليه أن يخطر البائع بمجرد ظهوره، وإلا إعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب" .

---

(١) Civ. 1, 20 mars 1989 sté Thomson – brandt, Buli. I no 137; D., 89. 381, note Ph. Malaurie. J. Huet, op. Cit, no 11344 p. 278.
حيث أن المحكمة قضت بأن الأضرار التي أصابت الغير نتيجة الحريق الناشيء عن إنفجار التليفزيون لا تدخل في نطاق المسؤولية العقدية.

(٢) Req. 8 mars 1937, D.P. 38. I. 76, note R. Savatier S. 37. I. 241, Pilon; Rev. crit. 38. 328, note J. Huet, Responsabilitè du vendeur et garantie contre les vices caché, Litec, 1987, no 94 et s.

(٣) Civ. 1, 23 juin 1971, Bull. I, no 212; J.C.P. 71. II. 16881, 2e esp.
وبالنسبة للأشياء الخطرة أنظر :
Civ. 1, 17 jan. 1995, Bull. I no 000, J. C. P. 95. Iv. 702.

وتنص المادة ٤٥٠ مدني مصري على أنه " إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤٤٤ ". ويتضح من ذلك أنه علي المشتري أن يبادر إلي إخطار البائع بالعيب قبل الرجوع بدعوي الضمان التي يجب رفعها خلال مدة قصيرة. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

١- إخطار البائع بالعيب:

وهنا يجب أن يقوم المشتري بإخطار البائع في الوقت الملائم، وإلا سقط حقه في رفع دعوي الضمان. ولنعرض لهاتين النقطتين:

أ – الإخطار في الوقت الملائم:

والإخطار في الوقت الملائم يتوقف علي الوقت الذي يكتشف فيه المشتري العيب. ولذلك يجب أن نميز بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان العيب مما يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد وعلي ذلك إذا تسلم المشتري وجب عليه التحقق من حالته عن طريق الفحص المعتاد خلال المهلة المعتادة وفقا للمألوف في التعامل. وعلي ذلك لا يعتبر المشتري قابلا للعيب بمجرد تسلمه الشيء المبيع وإنما يجب أن يترك المدة المعقولة وفقا للمألوف في التعامل للتحقق من حالة المبيع عن طريق الفحص المعتاد . فبمجرد تسلم المشتري للسيارة لا يعتبر قبولا بالعيب الذي يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد وإنما يجب أن يتمكن من تجربة السيارة خلال مدة معقولة وفقا للمألوف في التعامل للتحقق من حالتها. فإذا لم يجد به عيبا أو وجده عن طريق الفحص المعتاد علي النحو السابق، وسكت ولم يخطر به البائع في مدة معقولة، وفقاً للمألوف في التعامل أيضا، إعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب يتضح من ذلك أن للمشتري مدتان:

١- مدة معقولة وفقاً للمألوف في التعامل للتحقق من حالة المبيع عن طريق الفحص المعتاد.

٢- ومدة معقولة وفقا للمألوف في التعامل لإخطار البائع بما أسفر عنه الفحص المعتاد للمبيع. وتقدير معقولية أو عدم معقولية المدة متروك لتقدير قاضي الموضوع.

الفرض الثاني إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد علي النحو السابق بيانه فإن المشتري لا يعتبر راضيا بالمبيع بما فيه من عيب. ولكن إذا تكشف لـه العيب بعد ذلك أو أن المشتري كشف العيب عن طريق فحص غير معتاد، وهو غير ملزم بذلك، فإن عليه أن يخطر به البائع بمجرد كشفه للعيب دون إبطاء وإلا إعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب ويري بعض الفقهاء أن التفرقة بين هذا الفرض والفرض السابق ليس لها ما يبررها ويجب التسليم بأن الإخطار يكون دائما خلال المدة المعقولة[1].

وبطبيعة الحال لا يستطيع المشتري أن يتحقق من حالة المبيع إلا من وقت تسلمه لـه تسلما فعليا، أي من وقت الإستيلاء المادي علي الشيء، لا التسليم الحكمي [2].

وهذا الإخطار لا يخضع لشكل خاص وإنما يمكن أن يتم بأية طريقة، كإنذار علي يد محضر، بخطاب مسجل أو غير مسجل، وقد يكون شفويا. ولكن علي المشتري عبء إثبات حصول هذا الإخطار، ولـه إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات [3].

ب- أثر عدم الإخطار في الوقت الملائم:

فإذا لم يتم الإخطار في الوقت الملائم علي النحو السابق بيانه إعتبر المشتري قابلا للمبيع بما فيه من عيب، وسقط علي البائع الإلتزام بالضمان

---

(١) منصور مصطفي منصور، فقرة ٩١ ص ٢٠٥
(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، فقرة ١٦٩ ص ٢٧٥ بالهامش، منصور مصطفي منصور فقرة ٩١ ص ٢٠٤، السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٧٣ ص ٧٣٧.
(٣) السنهوري المرجع السابق نفس الموضوع.

حتي لو لم تكن دعوي الضمان قد تقادمت بإنقضاء سنة من وقت وتسلم المشتري المبيع علي النحو الذي سيأتي بيانه.

يتضح من ذلك أن دعوي الضمان تسقط لسببين:

١- عدم إخطار البائع بالعيب في الوقت الملائم ولو قبل إنقضاء مدة التقادم.

ولكن إذا كان البائع سيء النية، أي كان يعلم بوجود العيب وأخفاه عمدا عن المشتري غشا منه [1]. فإن دعوي الضمان لا تسقط في هذه الحال، حتي ولو كان إشترط عدم الضمان لأن هذا الشرط يقع باطلا في هذه الحالة (٤٥٣ مدني) كما أن دعوي الضمان لم تعد تخضع لمدة التقادم القصير (م ٤٥٢ / ٢ مدني) .

٢- إنقضاء مدة سنة من وقت تسليم المبيع وقد وقع الإخطار بعد ذلك بل ولو لم يعلم المشتري بالعيب إلا بعد ذلك ما لم يكن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه (م ٤٥٢ / ٢ مدني).

٢ ـ دعوي الضمان:

إذا أخطر المشتري البائع في الوقت الملائم كان له أن يرجع علي البائع بدعوي ضمان العيب [2]، لكن ما مدي هذا الرجوع، وما أثر هلاك المبيع عليه، وأخيرا متي يسقط حق المشتري في الرجوع ؟ هذه هي النقاط الواجب دراستها بصدد دعوي الضمان. ولنعرض لها بالتفصيل في الفقرات التالية:

---

(١) وقد كان المشرع التمهيدي للتقنين المدني الحالي. يشتمل علي نص يقرر هذا الحكم حيث أنه ينص علي أنه " إذا تعمد البائع تضليل المشتري، فلا يجوز له أن يحتج بأنه لم يخطر بالعيب في الوقت الملائم" وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة. مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ١١٦. أنظر في ذلك نقض ١٩٦٢/٥/١٤ مجموعة أحكام النقض، س ١٣ ص ٨٠٨

(٢) هذا الرجوع لا يحول دون أن يطلب المشتري – طبقا للقواعد العامة، التنفيذ العيني إذا كان ممكنا ويكون في صورة إصلاح العيب أو الحصول علي شيء سليم علي نفقة البائع، كما له أيضا أن يطلب فسخ العقد إذا توافرت شروطه طبقا للقواعد العامة. أنظر منصور مصطفي منصور، فقرة، ص ٢٠٥ ١، أنظر نقض ١٩٦٢/١٤ مجموعة أحكام النقض ١٣ ص ٨٠٨، ١٩٦٦/٨/٢٠ ١٧ ص١٥٥٢.

أ- ما يرجع به المشتري على البائع:

تنص المادة ٤٥٠ مدني مصري على " ... أن له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤٤٤ ".

ويقصد المشرع بالإحالة إلي المادة ٤٤٤ مدني أن التعويضات المستحقة في حالة ضمان العيوب الخفية هي ذاتها المستحقة في حالة ضمان الإستحقاق الجزئي. وبذلك يكون المشرع قد وحد ما يرجع به المشتري البائع في الحالتين[1]. والسبب في ذلك أن كل من الضامنين يستجيبا إلي فلسفة واحدة هي ضمان تمتع المشتري بكل مزايا ومنافع الشيء المبيع دون انتقاص. كما أن الأثر الذي ينشأ عن كل منهما لم يترتب عليه ضياع المبيع كله، وإنما إقتصر علي ضياع جزء منه أو نقص في قيمته أو منفعته بحسب ما هو مستفاد من الغاية منه، لكن إذا ما بلغت هذه الخسارة حدا من الجسامة لو كان يعلم المشتري وقت البيع لما أقدم علي الشراء فإنهما يأخذا حكم الاستحقاق الكلي .

وعلي ضوء ذلك يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول : إذا كان العيب جسيما، بمعني أن تكون خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد وعندئذ يكون المشتري مخيرا بين رد المبيع المعيب وما أفاد منه إلي البائع والمطالبة بالمبالغ التي كان يطالب بها في حالة الإستحقاق الكلي، وبين إستبقاء المبيع مع المطالبة

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد " أما المشروع فلم ير داعيا لتعدد أحكام ضمان الإستحقاق وضمان العيب، فإن الضمانين مردهما إلي أصول واحدة في القواعد العامة. فالواجب إذن في ضمان العيب الجسيم يكون المشتري مخيرا فيه بين الفسخ أو إبقاء البيع مع التعويض عن العيب طبقا لما تقتضي القواعد العامة فيعوض المشتري عما أصابه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب. وإذا لم يكن العيب جسيما، فلا يكون للمشتري إلا التعويض. ويزيد التعويض أو ينقص تبعا لما إذا كان البائع سيء النية أي يعلم بالعيب، أو حسن النية لا يعلم به. ففي الحالة الأولي يعوض عن الضرر المباشر حتي لو لم يكن متوقعا، وفي الحالة الثانية لا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع " مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٤ ص ١٢٤.

بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب[1].

فإذا إختار المشتري رد المبيع المعيب إلي البائع، فإنه يجب أن يرد المبيع بما فيه من عيب ويرد ما أفاده من ثمار من وقت البيع ويأخذ المشتري من البائع في مقابل ذلك ما يلي :

١- قيمة المبيع غير معيب وقت البيع، مع الفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت البيع.

٢- لا محل للمطالبة بقيمة الثمار لأن الفوائد القانونية التي تحصل عليها على قيمة المبيع تقابل هذه الثمار.

٣- المصروفات الضرورية، حيث كان في ضمان الإستحقاق يرجع بها علي المستحق.

٤- المصروفات النافعة التي يكون قد أنفقها علي المبيع، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية أي يعلم بوجود العيب في المبيع وقت تسليمه إلي المشتري.

٥- جميع مصروفات دعوي ضمان العيب الخفي.

٦- وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب العيب. والتعويض هنا يشمل الضرر المتوقع وقت البيع لكن إذا كان البائع سيء النية أي يعلم بالعيب فإن التعويض يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع وذلك طبقا للقواعد العامة. وحسن نية البائع مفترض حتي يقيم المشتري الدليل علي أنه سيء النية. لكن يذهب القضاء الفرنسي إلي إن الأصل أن كل منتج أو بائع مهني يعلم أو ينبغي عليه أن يعلم بالعيوب الموجودة بالشيء المبيع، وبذلك يكون قد شبههما بالبائع سيء النية[2].

---

(١) نقض ١٩٦٧/١/٢٦ مجموعة أحكام النقض س ١٨ ص ٣٦٤.

(٢) Civ. 1, 19 janv 1965, Bull. I, no 52, D. 65. 389. J. Huet, op. No,1 1376, p, 299.

الفرض الثاني: إذا كان العيب غير جسيم، أي أن الخسارة لم تبلغ إلي الحد السابق، فلا يكون للمشتري إلا أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب وفقا للقواعد العامة مع ملاحظة أن البائع سيء النية يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر غير المتوقع.

ويذهب القضاء الفرنسي إلي أن التعويض لا يشمل إصلاح الضرر الذي سببه العيب في الشيء فحسب وإنما يشمل أيضا الأضرار التي سببها الشيء ذاته وهذه الأخيرة غالبا ما تكون أكبر بكثير من الأضرار الأخري[١]. وعندما يسبب الشيء ضررا للغير فإن الأمر يتعلق بمسؤولية تقصيرية عن فعل الشيء [٢].

كما أن القضاء الفرنسي يذهب، بالنسبة للعيوب التي لا يمكن إكتشافها، إلي أن الصانع أو المنتج عليه إلتزام بإستبعاد العيوب التي تلحق بالشيء المبيع وأنه لا يستطيع نفي هذا الإلتزام بإثبات حسن نيته بإثباته، مثلا عدم إرتكابه لأي خطأ، أو بجهله بالعيب ، لأن هذا العيب لا يمكن إكتشافه حتي بعد فحص دقيق للشيء المبيع [٣]. وهذه مسؤولية موضوعية، مستقلة عن كل خطأ قد أدت ألي توسيع نطاق ضمان العيوب الخفية بشكل ملحوظ.

والقضاء يشترط، كما هو الشأن بالنسبة لكل مسؤولية تقصيرية بدون خطأ، إثبات رابطة السببية بين العيب والضرر [٤]. وهذا ما يأخذ به التوجيه الأوروبي أيضا بصدد المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة[٥].

---

(١) J. Huet, Responsabilité, no 6.

(٢) Ph. Malaurie, L.Aynè, op. Cit, no 411 p. 255

(٣) Com. 27 avr. 1971, Bull. IV, no 117, J. C. P. 72. II. 17280, J. Huet contrats, op. cit, no 11331, p. 287.

(٤) Civ. 1, 26 janv. 1960, Bull. I, no 66, com. 15 mars 1976, Bull. IV, no 99, J. C. P. 77,II. 18632, note J. Ghesstin; civ. 1, 20 mars 1989, Bull. I, no 137, D. 89, 381 note Ph. Malaurie.

(٥) Ph. Malaurie, L. Aynès, op. Cit, no 414 p. 256.

وهذا الإلتزام يمثل إلتزاما بضمان السلامة Une obligation de sècuritè[١].

ب – أثر هلاك المبيع على دعوى الضمان:

تنص المادة ٤٥١ مدنى مصرى على أنه " تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان".

هذا النص يقوم على فرضية معينة وهى أن المبيع المعيب قد هلك بقوة قاهرة بعد أن تسلمه المشترى، لأنه لو كان الهلاك قد تم قبل التسليم فإنه تبعة الهلاك فى هذه الحالة ستقع على البائع وبالتالى لا مجال لضمان العيب.

ويستفاد من هذا النص أن الهلاك لايؤثر فى دعوة الضمان، لكن إذا كان هناك تأثير لهذا الهلاك فإنه سيتركز على ما يرجع به المشترى على البائع. وما يرجع به المشترى على البائع سيختلف بطبيعة الحال باختلاف سبب الهلاك وجسامة العيب.

ــ إذا كان الهلاك بقوة قاهرة للمبيع المعيب بعيب غير جسيم فإن دعوى الضمان تبقى مع ذلك ويستطيع المشترى أن يرجع على البائع بما كان يستطيع أن يرجع به فى حالة استبقاء المبيع على النحو السابق بيانه. وعلى ذلك تقدر الأضرار التى لحقت المشترى بسبب العيب على فرض وجود المبيع ويقتصر التزام البائع على التعويض عن هذه الأضرار لأنه لا يتحمل نتائج القوة القاهرة[٢] ويسرى نفس هذا الحكم إذا كان الهلاك بفعل المشترى حيث أنه لا يجب أن يستفيد البائع من هلاك المبيع فيبقى للمشترى

---

(١) Ibid, no 415.
وقد أدخل المشرع الفرنسى فى القانون المدنى الفرنسى التوجيه الأوروبى رقم ٣٧٤ لسنة ١٩٨٥ والخاص بالمسئولية عن فعل المنتجات المعيبة بالقانون رقم ٣٨٩ لسنة ١٩٩٨ الصادر فى ١٩٩٨/٥/١٩ بأن أضاف الباب الرابع مكرر إلى الكتاب الثالث بعنوان "المسئولية عن فعل المنتجات المعيبة" ضمنه ١٨ مادة من المادة ١٣٨٦-١ إلى ١٣٨٦-١٨.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ٩٣ ص ٢٠٧.

على كل حال أن يرجع على البائع كما لو كان المبيع لم يهلك واستبقاه.

- أما إذا كان الهلاك بسبب العيب أو كان بسبب أجنبي، وكان العيب جسيماً إلى حد كان يسوغ للمشتري رد المبيع، ففي هذه الحالة تبقى دعوى الضمان بالرغم من هذا الهلاك ويستطيع المشتري أن يرجع على البائع بما كان يستطيع أن يرجع به في حالة رد المبيع، أي بالتعويض الكامل على النحو الذي يرجع به في حالة الاستحقاق الكلي، ولا يكون عليه الرد في هذه الحالة إذ الفرض أن المبيع قد هلك، وإنما يرد إلى البائع ما أفاده من المبيع. [1] ويسري نفس هذا الحكم إذا كان الهلاك بفعل البائع.

ج – تقادم دعوى الضمان:

تنص المادة ٤٥٢ مدني مصري على أنه: " (١) تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول".

(٢) على أنه لايجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه".

تقوم فلسفة دعوى ضمان العيب على سرعة حسم النزاع وذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات. ولذلك اقتضى المشرع من المشتري أن يبادر بإخطار البائع بالعيب الذي كشفه أو تكشف له بعد ذلك بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقا للمألوف في التعامل وخلال مدة معقولة، على النحو السابق بيانه، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب.

وفي نفس الإطار قد جعل المشرع مدة التقادم في دعوى ضمان العيوب الخفية مدة قصيرة تبدأ من وقت التسليم ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، وجعل إطالة هذه المدة متوقفا على قبول البائع وهذا أمر يصعب تحققه من الناحية العملية حيث إن البائع غالباً ما يكون في مركز

(١) أنظر السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٧٥ ص ٧٤٤.

اقتصـاى أقوى وبالـتالى المشترى لا يستطيع أن يفرض عليه قبول مثل هذا الشرط. ولذلك كنا نفضل، من وجهـة نظر العدالـة، أن يجعل المشرع مدة التقادم تبدأ من وقت اكتشاف المشترى للعيب لا من وقت التسليم وذلك طبقاً للمـبدأ " أن مـدة تقـادم الدعـوى لا تـبدأ إلا مـن وقـت أن ينشـأ الحـق فـيها "Action non natae non curu" والحق لا ينشأ فى دعوى ضمان العيب إلا من وقت اكتشافه علـى النحو المبين بصـدد إخطـار المشترى للبائع. وعلى هذا الـنحو تـتجلى أهمـية الإخطـار فـى أنـه علـى البـائع اتخـاذ مايلـزم لـرفع الضـرر عـن المشـترى بسـبب العيـب الخفـى وإلا تعـرض للـرجوع علـيه بمقتضى دعوى الضمان، وبالتالى تتكامل الإجراءات فى إطار تحقيق فلسفة دعوى ضمان العيب وهى حماية المشترى. وفى نفس الوقت ليس هناك ما يمنع مراعاة جانب البائع بتحديد مدد قصيرة لكل من الإخطار ودعوى الضمان، والذى سينعكس بالحتم فى النهاية على استقرار المعاملات.

- مدة تقادم دعوى ضمان العيب سنة من وقت التسليم:

وهذه المدة تعتبر مدة تقادم وبالتالى يجوز قطعها وفقاً للقواعد المقررة فى قطع مدد التقادم. وهذه المدة لا توقف فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جناية ولو لم يكن لـه نائب يمثلـه قانوناً، لأن هذه المدة لاتزيد على خمس سنوات (م٢/٣٨٢ مدنى). ولكن هذه المدة توقف إذا وجد سبب للوقف غير ذلك (م ١/٣٨٢ مدنى).

- إطالة هذه المدة:

ولا يجوز الاتفاق على تقصير هذه المدة لأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون (م ١/٣٨٨ مدنى)[1] وقد استثنى المشرع من هذه القاعدة إطالة مدة التقادم طبقاً للعبارة

---

(١) نقض ١٩٨٨/٦/٥ الطعن رقم ١٤٧٠ سنة ٥٥ ق، وقد رفضت المحكمة بأن إقرار المشترى بأنه عاين المبيع عند تسلم المعاينة النافية للجهالة لا يمنعه من طلب الفسخ للعيب الخفى".

الأخيرة فى المادة ١/٤٥٢ مدنى حيث تنص " ... مالم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول" وبالتالى يمكن أن تزيد مدة التقادم عن سنة بالاتفاق.

- هذه المدة القصيرة لا تسرى إذا كان البائع تعمد إخفاء العيب غشاً منه (م٢/٤٥٢ مدنى) وتكون مدة التقادم عندئذ خمس عشرة سنة من وقت البيع لا من وقت التسليم (١) ويلاحظ أنه لا يكفى مجرد علم البائع بالعيب.

المبحث الثانى

الضمان الاتفاقى

- يجوز تعديل أحكام الضمان القانونى باتفاق خاص:

تنص المادة ٤٥٣ مدنى مصرى على أنه " يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا فى الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب فى المبيع غشاً منه".

وتنص المادة ٤٥٥ مدنى على أنه " إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل فى المبيع، فعلى المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الإخطار وإلا سقط حقه فى الضمان، كل هذا ما لم يتفق على غيره".

وعلى ضوء هذه النصوص ينبغى أن نعرض لصور تعديل أحكام الضمان القانونى، ثم نبين أحكام ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة.

---

(١) نقض ١٩٧٥/١٠/٢٨ مجموعة أحكام النقض س ٢٦ ص ١٣٤٥.
وانظر فى القضاء الفرنسى:
Civ. 1.19 janv 1965, affaire du pain de pont, saint Esprit, Bull. 1, no 52, D. 65. 389. J. Huet. Contrats. Op. Cit, no 11376. P. 299 Ph. Malaurie, L. Aynès. Op.cit. no 411 p. 245.

أولاً: صور تعديل أحكام الضمان القانونى:

أحكام ضمان العيب الخفى لا تتعلق بالنظام العام، وبالتالى يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تعديلها. وهذا التعديل قد يكون بزيادة ضمان العيب الخفى، أو انقاصه، أو إسقاطه.

١ـ الاتفاق على زيادة ضمان العيوب الخفية:

هذا الاتفاق بزيادة ضمان العيوب الخفية قد يتناول شروط الضمان، أو يتناول مقدار التعويض، أو اجراءات الرجوع.

ــ فقد يتفق على أن يضمن البائع كل عيب فى المبيع ولو كان ظاهر، أو أن يضمن العيب أياً كانت درجة جسامته ولو كان مما جرى العرف على التسامح فيه.

ــ وقد يتفق على أنه فى حالة العيب غير الجسيم يكون للمشترى الحق فى رد المبيع إلى البائع والحصول على التعويض الكامل كما لو كنا بصدد استحقاق كلى، أو على أن يلتزم البائع بالمصروفات الكمالية ولو كان حسن النية، أو أن يسترد أعلى القيمتين قيمة المبيع سالماً أو الثمن.

ــ وقد يتفق على أن تكون مدة إخطار المشترى للبائع بالعيب أطول من المدة المعقولة، أو على أن تكون مدة التقادم أطول من سنة طبقاً لما رخصت به المادة ١/٤٥٢ مدنى مصرى.

٢ـ الاتفاق على إنقاص الضمان:

وبالمثل قد يتناول إنقاص الضمان شروط الضمان، أو مقدار التعويض، أو إجراءات الرجوع.

ــ فقد يتفق على ألا يضمن البائع إلا العيوب التى كانت موجودة فى المبيع فى وقت معين قبل انعقاد العقد، أو على ألا يضمن إلا عيب معين بالذات، أو على درجة معينة من الجسامة.

ــ وقد يتفق على أن يقتصر حق المشترى على التعويض مع استبقاء المبيع ولو كان العيب جسيماً، أو على ألا يلتزم البائع إلا بالمصروفات الضرورية فقط، أو على ألا يرد البائع للمشترى إلا أقل القيمتين قيمة المبيع سليماً أو الثمن.

ــ وقد يتفق على سقوط حق المشترى فى الرجوع بالضمان إذا لم يخطر البائع فى مدة معينة تقل عن المدة المعقولة، لكن لا يجوز الاتفاق على تقصير مدة التقادم عن سنة طبقاً للقواعد العامة حيث لم يأت نص صريح يجيز ذلك كما فعل المشرع بالنسبة لإطالة المدة.

٢ـ الاتفاق على أسقاط الضمان:

قد يتفق على أن البائع لا يضمن أى عيب يظهر فى المبيع. وهذا الشرط صحيح حتى لو كان البائع يعلم بوجود عيوب معينة فى المبيع ولكن لم يتعمد إخفاءها عن المشترى. ويكون المشترى فى هذه الحالة بمثابة من اشترى ساقط الخيار، وهذا يؤخذ فى الاعتبار عند تقدير الثمن.

ــ يقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب فى المبيع غشاً منه:

وعلة ذلك أن البائع يكون قد اشترط عدم مسؤوليته عن الغش وهذا لايجوز[1] . ويلاحظ أنه لا يكفى لبطلان الشرط مجرد علم البائع بوجود العيب. كما أن نطاق البطلان ينحصر فى العيب الذى تعمد البائع إخفاءه غشاً دون العيوب الأخرى التى قد تظهر ولم يتعمد البائع إخفاءها إذ يبقى الشرط صحيحاً بالنسبة لها.

ثانيا: ضمان صلاحية المبيع مدة معينة:

وقد تضمنت المادة ٤٥٥ مدنى مصرى هذا الحكم على النحو السابق بيانه. وهذا النص يتعلق بالأشياء التقنية الحديثة كالآلات الميكانيكية

---

(١) السنهورى، الوسيط ، جـ ٤ فقرة ٣٧٩ ص ٧٥٨، أنور سلطان، فقرة ٣٨٦ ص ٣٠ حيث يرى أنه يرقى إلى مرتبة الغش أن يكون العيب ناشئاً عن فعل البائع.

والسيارات والساعات والغسالات والثلاجات والتليفزيونات والفيديوهات وأجهزة الكمبيوتر وآلات التصوير والفاكس والتلكس وغير ذلك من أجهزة حديثة، حيث أنه قد يشترط المشترى على البائع بشأنها أن يضمن له صلاحيتها للعمل مدة معينة، سنة سنتين أو نحو ذلك، حيث أن هذه الأشياء ذات تقنية عالية ومعقدة وأى خلل فيها يؤدى إلى جعل الشىء غير صالح للعمل.

وهذا الحكم لا يقف عند مجرد خلو المبيع من العيوب وإنما يمتد ليشمل صلاحية المبيع للعمل بعيداً عما إذا كان فيه عيب أو لم يكن كذلك. (١)

وهذا الشرط مألوف فى التعامل وهو صحيح ويترتب على وجوده أن البائع يضمن أى خلل يطرأ على المبيع، حتى ولو لم يكن هذا عيباً، يكون من شأنه أن يجعل المبيع غير صالح للعمل. وهذا الشرط يعمل إلى جانب ضمان العيب الخفى إذا توافرت شروطه السابقة. وهذا الشرط مقيد بمدة معينة يتفق عليها. وهذه المدة تكفى عادة للتأكد من صلاحية الشىء للعمل.

وقد تضمن النص اجراءات الرجوع بالضمان فاستلزم أن يخطر المشترى البائع بالخلل فى مدة شهر من ظهوره وإلا سقط الضمان كما أنه يجب أن ترفع دعوى الضمان فى هذه الحالة خلال ستة شهور من وقت الإخطار وإلا سقط الحق فى الضمان كل هذا ما لم يتفق على غيره.

والتعويض فى مثل هذه الحالة يتمثل عادة فى قيام البائع بإصلاح المبيع حتى يعود صالحاً للعمل. وقد يصل الخلل فى المبيع إلى درجة عدم إمكانية اصلاحه فى هذه الحالة يقوم البائع بإبداله له بمثيل يكون صالحاً للعمل طبقاً للاشتراطات الفنية المتفق عليها.

---

(١) أنظر منصور مصطفى منصور، فقرة ٩٦ ص ٢١١ حيث يرى أن صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة لا تعدو أن يكون صفة فيه وبالتالى يعتبر صورة خاصة للحكم الوارد فى المادة ٤٤٧ مدنى.

الباب الثانى

التزامات المشترى

- **بيان هذه الالتزامات:**

يلتزم المشترى بموجب عقد البيع بالتزامات ثلاثة:

الوفاء بالثمن.

الالتزام بدفع مصروفات المبيع.

التزام بتسلم المبيع.

ولنعرض لـهذه الالتزامات بالتفصيل



الفصل الأول

الوفاء بالثمن

يلتزم المشتري بدفع الثمن وما يلحق به من فوائد في زمان ومكان معين ، وعند الإخلال بذلك يتعرض المشتري لجزاءات معينة . وعلى ذلك يجب أن نعرض في مبحث أول : للالتزام بدفع الثمن ، وفي مبحث ثان ، لجزاء الإخلال بالالتزام .

المبحث الأول

الالتزام بدفع الثمن

في هذا المبحث يجب أن نعرض لمضمون هذا الالتزام ، ثم نبين ظروف الوفاء بالثمن من حيث الزمان والمكان .

المطلب الأول

مضمونه

هذا الالتزام يشمل دفع الثمن وفوائده في بعض الأحوال وهذا ما يستلزم أن نعرض لذلك بشيء من التفصيل .

أولاً – دفع الثمن :

القاعدة في كيفية دفع الثمن هو أنه يدفع نقداً ما لم يوجد نص قانوني أو عرف أو اتفاق على خلافها.

- فإذا كان الثمن يجب أن يدفع نقداً فإن ذلك يقتضي أن المشتري يحصل على دليل على الوفاء به في الوقت الذي يتم فيه تسليم المبيع . بمعنى آخر يجب أن يكون هناك تنفيذ متعاصر لالتزامات كل من البائع والمشتري . فإذا كان المشتري يطلب تسليمه المبيع ، فإنه ينبغي عليه الثمن . وإذا كان البائع يطلب دفع الثمن يجب عليه أن يقوم بتسليم المبيع (م ٤٥٧ مدني) وذلك على

النحو الذي سوف نراه عند زمان الوفاء . ويترتب على ذلك أن للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن إذا لم يقم البائع بتنفيذ التزاماته وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ . مثال ذلك أن المشتري يستطيع أن يمتنع عن دفع الثمن إذا البائع ، على خلاف ما تعهد به ، يتطلب دفع الثمن دون أن يمكن المشتري من التحقق من البضائع المباعة(١).

- ويجري العمل في المجال التجاري على أن يتم تأجيل الثمن ويدفع منه عند التعاقد جزء معين ، كأن يدفع الثلث مثلاً عند التعاقد والثلث عند التسليم والثلث الأخير بعد ثلاثة شهور مثلاً ، أو قد يتفق على أن يدفع الثمن على شكل أقساط متساوية أو غير متساوية .

وهذه الاتفاقات متنوعة للغاية حيث انه في نظام المنافسة يكون الائتمان عنصراً هاماً في السياسة التجارية le markting ولذلك نجده يختلف من بائع أو من مشتري لآخر . فمثلاً المشتري الذي لـه علاقة مستمرة مع البائع يحظى بائتمان بشروط أفضل من غيره .

وفي بعض الأحيان قد يشترط أن يدفع الثمن كلـه أو جزء هام جداً منه قبل التسليم . وقد اعتبر المجلس الأوروبي وكذلك لجنة تنقيح قانون الاستهلاك أن مثل هذه الشروط تعتبر تعسفية إذا كانت في العلاقة بين المهنيين والمستهلكين وتمنوا أن تحظر مثل هذه الشروط(٢) .

والمشتري هو الذي يتحمل ، باعتباره المدين ، نفقات الوفاء بالثمن وفقاً للقواعد العامة (م ٣٤٨ مدني)، كنفقات إرسال الثمن بالبريد أو إيداعه في البنك

---

(١) انظر على سبيل المثال . Com. 21 oct. 1974, Bull. I, no 261
أو أنه لم يقم بعمل التشطيبات اللازمة للملابس المباعة
Civ. 1, 17 fev. 1976, Bull. I, no 74.
والمشتري يكون ملزماً بدفع الثمن إذا كان عدم التنفيذ ليس على درجة كافية من الخطورة:
Com. 16 juil. 1980, Bull, IV, no 297.

(٢) J. Huet, contrats, no 11440, p. 353, ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 503 p. 269.

لحساب البائع أو مصاريف الرسول الذي يحمله إلى البائع . وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي يتضمن نصاً في هذا الصدد هو نص المادة ٦٠٢ الذي ينص على أن (يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التي يقررها العقد ، وهو الذي يتحمل نفقات الوفاء) وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة [1].

ثانياً – الفوائد:

تنص المادة ٤٥٨ مدني مصري على أنه: (١) لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره.

(٢) وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره)) .

متى يلتزم المشتري بالفوائد عن الثمن ؟

(١) **الفوائد الاتفاقية**: إذ وجد اتفاق ، سواء وقت العقد أو بعده، على التزام المشتري بدفع فوائد عن الثمن ابتداء من وقت معين . وهذا الاتفاق صحيح ولكن بشرط ألا يزيد هذا السعر على ٧% (م ١/٢٢٧ مدني) سواء في المسائل المدنية أو المسائل التجارية .

(٢) **الفوائد القانونية**: إذا لم يوجد اتفاق أو عرف فإن الفوائد القانونية تستحق في حالتين :

الحالة الأولى: إذا أعذر البائع المشتري بدفع الثمن المستحق الأداء . فبمجرد الإعذار يلتزم المشتري دفع الفوائد ، وفي هذا خروج على القواعد العامة التي تقضي بعدم سريان الفوائد إلا من تاريخ المطالبة القضائية بها (م

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ١٢٨.

٢٢٦ مدني) وهذه الفوائد تحسب بسعر ٤% في المسائل المدنية و٥% في المسائل التجارية .

الحالة الثانية: إذا سلم المبيع إلى المشتري وكان قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ، فتستحق الفوائد من تاريخ التسليم ، وهذا استثناء عن القاعدة العامة في سريان الفوائد القانونية. وليس ضرورياً أن ينتج المبيع فعلاً ثمرات أو ايرادات بل يكفي أن يكون قابلاً لانتاج ذلك كما لو كان المبيع منزلاً يصلح للاستغلال أو أرضاً تصلح للزراعة وسلمها البائع للمشتري ، فإن الفوائد القانونية على الثمن تستحق على المشترى من وقت تسلم المبيع حتى لو لم يحصل المشترى فعلا على اجره من المنزل أو محاصيل أو جره من الأرض الزراعية .

وإذا لم يكن المبيع قابلا لإنتاج ثمرات أو ايرادات فلا يلتزم المشترى بالفوائد ولو انتفع به ما لم يوجد اتفاق على ذلك . مثال ذلك أن يكون المبيع قطعة من الحلى أو كتاب أو سيارة خاصة[1] .

المطلب الثاني

ظروف الوفاء بالثمن

- زمان ومكان الوفاء بالثمن :

وهنا سنعرض لزمان ومكان الوفاء مع الأخذ في الاعتبار أن القواعد المنظمة لظروف الوفاء تعتبر من القواعد المكملة ، أي يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافها. .

أولاً – زمان الوفاء بالثمن :

تنص المادة ١/٤٥٧ مدني مصري على أنه: (١) يكون الثمن مستحق

---

(١) قارن السنهوري، جـ ٤ فقرة ص ٧٧٩ حيث يرى أن الفوائد القانونية تستحق في هذه الحالة على أساس أنه يجب أن تفسر عبارات ثمرات أو إيرادات أخرى تفسيراً موسعاً. وينتقد بعض الفقهاء هذه التفرقة. أنظر منصور مصطفى منصور ، فقرة ٩٩ ص ٢٢٢.

الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

يتضح من ذلك أنه لتحديد زمان الوفاء بالثمن يجب الرجوع أولاً إلى إرادة المتعاقدين. فقد يتفق على موعد معين للوفاء بالثمن ويستوي في ذلك أن يكون هذا الميعاد قبل التسليم أو بعده . فإذا لم يوجد اتفاق على زمان الوفاء بالثمن فيرجع إلى العرف، فإن وجد عرف في هذا الصدد وجب اتباعه . فإذا لم يوجد لا اتفاق ولا عرف فالقاعدة أن يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع (م ١/٤٥٧ مدني).

وبذلك يكون المشرع قد خرج على القواعد العامة التي تقتضي بأن يكون الثمن مستحق الدفع فوراً بمجرد تمام البيع (١/٣٤٦ مدني) بحيث إذا كان هناك اتفاق على تأجيل التسليم دون الاتفاق على وقت الوفاء بالثمن لوجب دفع الثمن في الحال . ولكن المشرع خرج على هذه القاعدة وربط بين التسليم ودفع الثمن حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد كما تقول المذكرة الإيضاحية[1] .

وعلى ذلك فإنه في الفرض البسيط عندما لا يكون هناك اتفاق على وقت التسليم أو وقت دفع الثمن كان كل من الالتزامين مستحق الأداء فوراً . أما إذا اتفق على ميعاد معين لتسليم المبيع ولم يتفق على موعد للوفاء بالثمن عندئذ يكون الثمن مستحق في هذا الوقت أيضاً، بمعنى أن يكون للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن إلى أن يحصل على التسليم طبقاً للقاعدة الواردة في المادة ٤٥٧/ ١ مدني وذلك على خلاف القواعد العامة. لكن إذا تم الاتفاق على موعد لدفع الثمن قبل التسليم، كأن يدفع فوراً مثلاً، فإنه يجب العمل بهذا الاتفاق فيدفع الثمن المتفق عليه أما تسليم المبيع فيسلم في الوقت الذي حدد له بعد ذلك.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ١٣٦ .

ـ الدفع بعدم التنفيذ:

تنص المادة ٢/٤٥٧ مدني على أنه (إذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري، جاز لـه ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن، حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن، على أن يقدم كفيلاً) .

وتنص المادة ٣/٤٥٧ مدني على أن: " ويسري حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في المبيع" .

ـ هذا الدفع نتيجة طبيعية للتقابل بين الالتزامات في عقد البيع باعتباره من العقود الملزمة للجانبين . ((فالتزام المشتري بدفع الثمن للبائع يقابلـه التزام البائع بنقل ملكية هادئـة نافعة للمشتري . وعلى ذلك إذا وجدت أسباب جدية يخشى معها ألا يقوم البائع بتنفيذ التزامه، كأن يخشى تعرض الغير فلا تخلص لـه الملكية الهادئة، أو يكشف عيباً في المبيع فلا تخلص لـه الملكية النافعة)) كان لـه أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته تنفيذ التزامه المقابل[1] ويكون امتناع المشتري هنا امتناعاً مشروعاً .

ـ ويتضح من هذا النص أن للمشتري أن يدفع بعدم التنفيذ في ثلاث حالات:

(١) إذا تعرض لـه الغير مستنداً في تعرضه إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع . فإن للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن حتى ولو كان مستحق الأداء. وهذا الدفع يمثل وسيلة سهلة في يد المشتري ليحقق بها عدة أهداف: أولها الضغط على البائع ليقوم بدفع هذا التعرض. ثانيها: أنه إذا تحقق الضمان فإنه يكون على البائع أن يدفع لـه التعويضات المستحقة في هذه الحالة. ومن ثم يكون الدفع بعدم التنفيذ وسيلة لوقوع المقاصة بين الثمن الذي بين يديه وما هو مستحق لـه في ذمة البائع من تعويضات. وثالثها: أن المشتري يستطيع أن

(١) السنهوري ، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٩٧ ص ٧٩٣ .

يتوقى استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع جزء من الثمن أو بدفعه كله وبذلك يكون قد برأت ذمته في مواجهة البائع وفي نفس الوقت توقي الاستحقاق كأن يدفع حق الدائن المرتهن الذي له رهن مقرر على المبيع والذي شرع في التنفيذ على المبيع . لكن يلزم أن يكون التعرض الذي دفع بعدم التنفيذ على إثره مما يضمنه البائع.

(٢) إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري، في هذه الحالة لا يلزم أن يحصل التعرض بالفعل بل يكفي مجرد الخشية من وقوع التعرض. وذلك بخلاف ضمان التعرض والاستحقاق الذي يشترط بصدده وقوع التعرض بالفعل. مثال ذلك أن المشتري يكتشف البائع قد باع ملك غيره، أو أن المبيع مرهون ففي هذه الحالات لم يتعرض أحد بعد للمشتري ومع ذلك مجرد أن يخشى المشتري مطالبة المالك الحقيقي باستحقاق المبيع أو تنفيذ الدائن المرتهن فيكون له الدفع بعدم التنفيذ . بل لا يلزم أن يثبت المشتري وجود الحق الذي يخشى منه فعلاً ، بل يكفي أن تكون لديه أسباب جدية تجعله يخشى نزع المبيع من تحت يده، كما لو كانت ملكية البائع معلقة على شرط فاسخ وخشي المشتري أن يكون هذا الشرط قد تحقق .

(٣) إذا كشف المشتري عيباً في المبيع مما يضمنه البائع، حيث أن البائع ملتزم بضمان العيب ويكون للمشتري الدفع بعدم التنفيذ حتى يوفي البائع بالتزامه .

وكل هذه الحالات تقوم على فرضية معينة أن المشتري لم يكن قد دفع الثمن بعد، أو أنه لم يشترط أن المشتري لا يحق له الدفع بعدم التنفيذ، إذ لا يبقى له في هذه الحالة إلا أن يرجع على البائع بالضمان إذا توافرت شروطه .

كما أن الدفع بعدم التنفيذ يفقد علته إذا زال سببه، أو إذا قدم البائع للمشتري كفيلاً . ويستوي في هذه الحالة أن تكون الكفالة شخصية أو عينية،

حتى تضمن لـه ما عسى أن يترتب على ضمان التعرض والاستحقاق أو على ضمان العيب من تعويض .

ثانياً : مكان الوفاء بالثمن.

تنص المادة ٤٥٦ مدني مصري على أنه ((١- يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك . "٢ – فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن)) .

وعلى ضوء هذا النص يجب التمييز بين فرضين :

الفرض الأول: إذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت التسليم ، كما لو اتفق على وقت معين لدفع الثمن دون أن يحدد وقت ما لتسليم المبيع ، فإن الثمن يكون مستحقا في الميعاد الذي تم تحديده ، أما التسليم فإنه يكون مستحقاً بمجرد تمام البيع . وكذلك الحال إذا حدد لكل من دفع الثمن وتسليم المبيع وقتين مختلفين . في هذه الحالة يكون مكان الوفاء ما تقضي به القواعد العامة أي موطن المشتري وقت استحقاق الثمن (٢/٣٤٧ مدني) أو في مركز أعماله وقت استحقاق الثمن إذا كان التزامه بالثمن متعلقاً بهذه التجارة أو الحرفة . وهذا ما نصت عليه المادة (٢/٤٥٦) مدني .

الفرض الثاني : إذا كان الثمن مستحقاً وقت التسليم، وهذا يتحقق في حالات عدة، كما لو لم يحدد وقت لا لتسليم المبيع ولا لدفع الثمن، فعندئذ يكون تنفيذ الالتزامين وقت تمام العقد، أو يتفق على تأجيل التسليم دون التعرض لوقت الوفاء بالثمن، فمكان الوفاء في هذه الحالة هو المكان الذي يسلم فيه المبيع . وفي هذا خروج على القواعد هي أن " البيع وهو عقد ملزم للجانبين يجب أن ينفذ جملة واحدة فيدفع الثمن وقت تسليم المبيع وفي مكان هذا التسليم" (١) .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي . مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ١٣٦ .

وكل هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفه .

المبحث الثاني

جزاء الإخلال بالالتزام بدفع الثمن

إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن على النحو السابق بيانه فإنه يكون للبائع:

أولاً: الدفع بعدم التنفيذ، بأن يمتنع البائع عن تسليم المبيع حتى يستوفي الثمن. وقد تعرضنا لذلك من قبل عند الكلام عن الالتزام بتسليم المبيع .

ثانياً: يستطيع التنفيذ بحقه على الضمان العام للمشتري، وحق البائع مضمون بامتياز على المبيع، وهو امتياز البائع (في المنقول المادة ١١٤٥ مدني، وفي العقار المادة ١١٤٧) ويكون لـه بمقتضاه استيفاء حقه بالأولوية عن الدائنين العاديين والدائنين التالين لـه في المرتبة .

ثالثاً: يكون للبائع أن يطلب فسخ البيع. والأصل أن يكون هذا الفسخ قضائياً ولكن ليس هناك ما يمنع أن يتضمن العقد شرطاً فاسخاً صريحاً. أما بالنسبة للانفساخ بقوة القانون نتيجة استحالة التنفيذ بقوة قاهرة فإنه لا محل لـه هنا حيث أن محل التزام المشتري مبلغ من النقود وهو ما لا يتصور استحالة تنفيذه .

وقد كرس المشرع لبيع المنقول حكماً خاصاً بغية حماية بائع المنقول مما قد يتعرض لـه من تقلبات في الأسعار، وأخذاً في الاعتبار طبيعة المنقول التي عادة ما تكون عرضة للتلف السريع، وسرعة التداول التي تتسم به الحياة التجارية. من أجل ذلك جعل البيع ينفسخ من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أعذار أو مطالبة قضائية إذا لم يدفع المشتري الثمن عند حلول الميعاد المتفق عليه لدفع الثمن وتسليم المبيع إذا اختار البائع ذلك. وهذه قاعدة مكملة يجوز الاتفاق على خلافها .

وفي ذلك تنص المادة ٤٦١ مدني مصري بقولها أنه: "في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى أعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره".

- ونطاق هذا النص ينحصر في مجال بيع العروض وغيرها من المنقولات وبالتالي حكمه لا ينصرف إلى العقارات. ويسري هذا النص على كافة المنقولات سواء كانت منقولات بطبيعتها كالبضائع على اختلاف أنواعها والأسهم والسندات، أو كانت منقولات بحسب المآل كالثمار التي تباع قبل قطفها أو الأشجار التي تباع قبل قطعها وأنقاض المنزل قبل هدمه[1] ويستوي في هذا الصدد أن يكون البيع مدنياً أو تجارياً .

- ويشترط لإعمال هذا النص توافر عدة شروط :

أولاً: أن يكون هناك اتفاق على ميعادٍ واحد لدفع الثمن وتسلم المبيع، أو إذا تم الاتفاق على موعد للتسليم دون التعرض لدفع الثمن إذ يكون الثمن واجب الدفع أيضاً في وقت التسليم طبقاً لنص المادة ١/٤٥٧ مدني. أما إذا اختلف ميعاد التسليم عن ميعاد دفع الثمن فلا يسري النص، كأن يكون ميعاد دفع الثمن قبل أو بعد التسليم إذ في هذه الحالة يجب إحترام هذا الاتفاق ولا يطبق هذا الحكم وإنما يرجع إلى القواعد العامة .

ثانياً: أن المشتري لا يدفع الثمن عند حلول الميعاد المحدد[2] تقصيراً منه، أما إذا كان هناك امتناع مشروع عن دفع الثمن في الميعاد نتيجة تقصير

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٠٢ ص ٢٣٠ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدي يضع حكم مماثل في صالح البائع عند عدم تسلم المشتري للمبيع في المادة ٦١٢ منه والتي تنص على أنه (في بيع العروض وغيرها من المنقولات، إذا لم يتقدم المشتري لتسلم المبيع بعد انقضاء الأجل المتفق عليه، أو تقدم ولكنه لم يعرض الثمن، كان البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى اعذار، وذلك لمصلحة البائع، إلا إذا كان المشتري في الحالة الأخيرة قد اتفق مع البائع على أجل أطول للوفاء في الثمن) ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ رأت قصر الجزاء=

البائع في تسليم المبيع فإنه لا محل لهذا الجزاء وإنما يخضع الأمر للقواعد العامة.

ثالثاً: أن يختار البائع ذلك، لأن هذا الحكم مقرر لمصلحته وبالتالي يستطيع أن يعدل عنه ويطالب بالتنفيذ العيني إذا كان ذلك في مصلحته . أما إذا لم يطلب البائع ذلك فإن البيع يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أعذار المشتري ودون حاجة إلى مطالبة قضائية . وبطبيعة الحال لا يستطيع المشتري أن يتمسك بانفساخ البيع لأن ذلك يرجع إلى تقصيره ولا يجوز له أن يستفيد من تقصيره.

وفيما عدا هذا الحكم الاستثنائي في بيع المنقول فإن فسخ البيع يخضع للقواعد العامة السابق دراستها في نظرية الالتزامات وبالتالي ليس هناك ما يدعو لإعادة دراستها هنا(١) .

=على حالة عدم دفع الثمن في الميعاد دون حالة التقدم لتسلم المبيع إذ قد يحول دون تسلم المشتري المبيع ظروف لا يد له فيها، ووافق المجلس على هذا التعديل . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ١٥٦.

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي ينص في المادة ٦٠٩ منه على أنه: "إذا لم يدفع المشتري الثمن عند استحقاقه، أو لم يقم بالالتزامات الأخرى التي نشأت من عقد البيع، فالبائع بالخيار بين أن يلزم المشتري بالتنفيذ أو أن يطلب فسخ البيع" وتنص المادة ٦١٠ منه على أنه: ١– في بيع العقار، يتعين الحكم بالفسخ فوراً، إذا طلب البائع ذلك وكان مهدداً أن يضيع عليه المبيع والثمن .٢ – فإذا لم يكن مهدداً بذلك جاز للقاضي أن ينظر المشتري إلى أجل تقدر مدته تبعاً للظروف، على أن يدفع المشتري الفوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى٣– فإذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن، وجب الحكم بفسخ البيع دون إنظار المشتري إلى أجل آخر".

الفصل الثاني

الالتزام بدفع مصروفات البيع

أولاً- مصروفات البيع:

تنص المادة ٤٦٢ مدني مصري على أن " نفقات عقد البيع ورسوم "الدمغة" والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

يتضح من ذلك أن المرجع في من يتحمل مصروفات البيع هو إرادة المتعاقدين. فقد يتفق على أن تكون على البائع، أو تكون مناصفة بين البائع والمشتري. فإذا لم يتفق على شيء من ذلك فيرجع إلى العرف، ويجري العرف هذا الصدد على أن مصاريف السمسار تكون مناصفة بين البائع والمشتري [1]. فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف فتكون المصرَوفات على المشتري طبقاً للمادة ٤٦٢ مدني .

وعلى ذلك يتحمل المشتري كل نفقات عقد البيع، من أتعاب المحامي الذي يقوم بتحرير العقد، ونفقات التوثيق إذا كان العقد رسمياً، نفقات التسجيل وما يلزم ذلك من دمغات، ورسوم كشف تحديد المساحة وغير ذلك .

أما المصروفات التي تلزم لتنفيذ البائع لالتزاماته، كمصروفات تطهير العقار إذا لجأ المشتري إلى تطهيره من الرهن الرسمي المقرر عليه، أو مصروفات محو القيود الواردة على العقار، ومصروفات إثبات ملكيته، فكل هذه المصروفات يتحمل بها البائع . لكن إذا أنفق البائع شيئاً مما يلتزم به المشتري رجع عليه بما أنفقه وله أن ينفذ به على كل أمواله، وتدخل هذه المصروفات فيما يضمنه امتياز البائع طبقاً لنص لمادتين ١١٤٥ ، ١١٤٧

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٥٨.

اللتين تقرران امتياز للبائع لما يستحقه مر "الثمن وملحقاته" [1]. كما يكون للبائع أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه بتسليم المبيع إلى أن يستوفي كامل حقه من ثمن وفوائد ومصروفات علاوة على ما لـه من حق طلب الفسخ طبقاً للقواعد العامة.

مجمل المصروفات السابقة تخص العلاقة بين المشتري والبائع، وتكون على المشتري، أما بالنسبة للغير فيرجع إلى القواعد العامة، فإذا اتفق البائع مع المحامي على تحرير العقد كان هو الملتزم بدفع الأتعاب في مواجهة المحامي، إذا كان كل من المشتري والبائع قد إتفق مع المحامي كان كل منهما ملتزماً نحوه بكامل الأتعاب (م٧١٢ مدني)[2].

على أن يرجع البائع على المشتري بعد ذلك بما يدفعه ما لم يتفق على غير ذلك [3].

ثانياً – تكاليف المبيع:

تنص المادة رقم ٢/٤٥٨ على أنه: " وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً. هذا ما لم يوجد أو عرف يقضي بغير ذلك" .

يتضح من ذلك أن المرجع في تحديد من يتحمل تكاليف المبيع هو إرادة المتعاقدين فإذا كان هناك اتفاق على ذلك وجب العمل به. فإذا لم يوجد وجب الرجوع إلى العرف، فإذا وجد وجب اتباعه وإذا لم يوجد فيكون على المشتري تحمل هذه التكاليف .

وتحمل المشتري لتكاليف المبيع يكون في مقابل استحقاقه لثمار المبيع ونماؤه من وقت البيع. وتشمل هذه التكاليف الضرائب المفروضة على المبيع،

---

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية أن الحق الممتاز يشمل الثمن والملحقات من فوائد ومصروفات. مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٧ ص ٣٢١، ٣٢٦.

(٢) نور سلطان، فقرة ٣١١ ص ٣٦٤.

(٣) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٠٣ ص ٢٣٣.

ومصاريف صيانته واستغلاله ، فإذا كان البائع قد قام بانفاق هذه المصروفات التزم المشتري بردها إليه . ونظراً لارتباط التزام المشتري بتكاليف المبيع بحقه في أخذ الثمار فإن الاتفاق على تأخير استحقاق المشتري لهذه الثمار إلى وقت معين يتضمن في الوقت نفسه اتفاقاً على عدم إلزامه بتكاليف البيع حتى هذا الوقت.

الفصل الثالث

تسلم المبيع

في هذا الصدد سنقوم بدراسة الالتزام بتسلم المبيع من حيث محله وظروف الوفاء به، ثم نقف بعد ذلك على جزاء الإخلال بهذا الالتزام .

المبحث الأول

الالتزام بتسلم المبيع

وهنا سنبين محل هذا الالتزام، ثم نبين ظروف الوفاء بهذا الالتزام

أولاً – محل الالتزام:

سبق أن رأينا أنه يقع على عاتق البائع التزام بتسليم المبيع، وذلك بأن يضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاءً مادياً ما دام البائع قد أعلمه بذلك (م ٤٣٥ مدني) والغالب أن يقوم المشتري بتسلم المبيع أي بالاستيلاء عليه استيلاءً مادياً بمعنى أن تتم عملية التسليم والتسلم في نفس الوقت. ولكن قد يحدث أن يقوم البائع بتسليم المبيع بالمعنى السابق ولا يقوم المشتري باستلامه استلاماً فعلياً، وفي هذه الحالة يكون البائع قد قام بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع، ولم يقم المشتري بالتزامه بتسلمه، وبالتالي لا يعتبر المشتري حائزاً للمبيع .

وقد يكون من مصلحة البائع أن يقوم المشتري بتسلم المبيع، أي بالاستيلاء عليه فعلاً، لكي يخلي بذلك المكان الذي يكون المبيع شاغلاً له عند البائع، أو لما في ذلك من أهمية قانونية، حيث أن مدة سقوط الدعاوى الناشئة عن العجز والزيادة في المبيع لا تبدأ إلا من وقت التسليم الفعلي (م ٤٣٤ مدني)، وكذلك مدة سقوط دعوى ضمان العيب تبدأ أيضاً من وقت التسليم الفعلي. لذلك يستطيع البائع إجبار المشتري على تسلم المبيع بعد إعذاره، كما له طلب الفسخ إذا لم يقم المشتري بتسلم المبيع .

وتسلم المبيع كتسليمه يتم بالأعمال التي تتفق مع طبيعته، فتسلم العقار يكون بحيازته بعد أن يخليه البائع، وتسلم المنقول بقبضه من البائع وبحيازته وهكذا .

ثانياً – ظروف الوفاء بالتزام المشتري بتسلم المبيع :

ونقصد بظرف الوفاء مكان وزمان تسلم المبيع، وكذلك نفقاته .

١ـ مكان وزمان التسلم :

تنص المادة ٤٦٣ مدني على أنه "إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا مما يقتضيه النقل من زمان".

في الغالب من الأحوال يكون مكان التسلم وزمانه هو مكان التسليم وزمانه فالبائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري في زمان وفي مكان معين سبق بيانهما ويكون المشتري عادة ملزماً بتسلم المبيع من البائع في نفس الزمان والمكان. ومع ذلك قد يتراخى تسلم المبيع من المشتري عن تسليمه من البائع . وذلك بأن يحدد الاتفاق أو العرف زمان للتسلم يلي الزمان الذي يتم فيه التسليم[١] كما يجوز أن يتفق على أن يقوم البائع، إذا طلب المشتري ، بنقل المبيع إلى مكان آخر غير مكان التسليم حيث يتسلمه المشتري بالفعل [٢] .

٢ـ نفقات التسلم :

تنص المادة ٤٦٤ مدني على أن: " نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك"، والمقصود بنفقات التسلم النفقات اللازمة لتسلم المبيع، كمصروفات نقله من مكان التسليم إلى مكان التسلم أو إلى المكان الذي يريده المشتري بعد ذلك، وكذلك الرسوم الجمركية وغيرها من الرسوم المقررة على المبيع، هذا كله ما لم يقض الاتفاق أو العرف على غيره.

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٤، فقرة ٤٢٣ ص ٨٤٨ .
(٢) منصور مصطفى منصور ، فقرة ١٠٦ ص ٢٣٥ .

المبحث الثاني

جزاء الإخلال بالالتزام

ـ تطبيق القواعد العامة :

إذا لم يقم المشتري بتنفيذ التزامه بتسلم المبيع جاز للبائع أن يطلب تنفيذ الالتزام عيناً، كما أن لـه أن يطلب فسخ البيع مع التعويض في الحالين إن كان لـه مقتضى .

ـ فإذا أخل المشتري بالتزامه بتسلم المبيع فإن للبائع أن يطلب تنفيذ الالتزام عيناً. فإذا كان المبيع عقاراً جاز للبائع أن يتخلص من عبء المحافظة عليه بأن يطلب تعيين حارس يتولى حفظه لحساب المشتري وعلى نفقته. وإذا كان المبيع منقولاً جاز للبائع أن يطلب من القضاء الترخيص لـه في إيداعه على ذمة المشتري ونفقته في مكان آخر (م ٣٣٦ مدني) وإذا كان المبيع من الأشياء التي يسرع إليها التلف أو التي تكلف نفقات باهظة في إيداعها أو حراستها، فللبائع بعد استئذان القضاء أن يبيعه بالمزاد. وإذا كان للمبيع سعر معروف في الأسواق أو كان التعامل فيه متداولاً في البورصات فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف (م ٣٣٧ مدني)[1] ويجب أن يسبق كل ذلك إعذار البائع للمشتري أن ينفذ التزامه بتسلم المبيع[2] .

وكذلك يكون للبائع أن يطلب فسخ البيع طبقاً للقواعد العامة. والحكم الخاص ببيع العروض أو المنقولات والذي يعتبر فيه البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يدفع المشتري الثمن في الميعاد .

وسواء طلب البائع التنفيذ العيني أو الفسخ فلـه في الحالتين أن يطلب تعويضاً عما أصابه من الضرر بسبب تخلف المشتري عن تنفيذ التـزامه بتسلم

---

(١) منصور مصطفى منصور ، فقرة ١٠٨ ص ٢٣٦ .

(٢) السنهوري ، الوسيط جـ ٤ فقرة ٤٢٥ ص ٨٥١ .

المبيع .

وإذا كان من الواجب تسليم الأشياء المبيعة دفعات متوالية فالتخلف عن استلام الدفعة الأولى منها يكون بمثابة التخلف عن تسلم كل المبيع (م٤٧٢/٤ موجبات وعقود) . ولكن التخلف عن تسلم الدفعات الأخيرة لا يمس ما تم تسلمه من الدفعات الأولى.

ملحق: التزامات خاصة:

ـ تقييد لحقوق المشتري: في البيوع التجارية يتفق غالباً على التزامات تقيد بالاتفاق حقوق المشتري على الشيء المبيع وهو ما يسميه الفقه عادة بالالتزامات الخاصة للمشترى[1]. في مجال التجارة المعاصرة من المسموح به للصانع أو المنتج أن يمارس نوعاً من الرقابة على المشتري، وبصفة خاصة، في مجال توزيع البضائع، أو لترشيد وتنظيم السوق. ولكن هذه القيود تكون غير مقبولة إذا تجاوزت الحدود المعقولة وأصبحت تمس بقوة حرية المشتري .

ومن أمثلة ذلك أن منتج معين يستطيع أن يقيد من حرية المشتري – البائع في إعادة البيع . هذه الشروط صحيحة، ما لم تمثل اعتداء على حرية المنافسة، وإذا كانت تنص على أن المشتري لا يستطيع أن يستفيد من الاستعمال الأساسي للشئ[2]. فأي شرط يقيد من الالتزام التعاقدي لا يكون صحيحاً إلا إذا لم يستبعد أي التزام أساسي ناشئ عن العقد وإلا يكون بدون سبب.

فإنه من المشروع تقييد بعض حقوق المشتري، كحق المشتري في الملكية كتقييد استعماله للشيء أو بعض الاستعمالات أو تقييد سلطته في التصرف ولو جزئياً، كاشتراط منع التصدير مثلاً[3] أو حتى منعه الكامل من

---

(١) P. Coulombel, in la vente cimmerciale de marchandieses, ouver, Collect. Sous la direct de J. Hamel Dalloz. 1951, PP. 289-338; M. Jeantin, ventes commerciales, Juris classeur com. Contrats distribution, Fax. 380, 1983.

(٢) Civ. 3, 18 mars 1987, Bull. III, no 59; J.C.P. 87. IV. 185; Gaz. Pal. 87. II, pan.

(٣) H. Lalou, les prohibitions conventionnelles d'exportation, D.M. 1925, ch, 79.

التصرف طالما أن هذا الشرط محدد من حيث الزمان والمكان وله ما يبرره من مصلحة مشروعة[1] ولكن إذا وصل التقييد إلى حد حرمانه من حقوقه الأساسية فإنه يعتبر غير مشروع، كاشتراط أن يكون أي استعمال للشيء المبيع خاضعاً لتصريح من البائع، فالعقد في هذه الحالة لا يمثل أي فائدة للمشتري الذي لم يشتر إلا من أجل أن يبيع وبالتالي يكون التزامه بدون سبب.

(١) انظر مؤلفنا فى الحقوق العينية الأصلية، ص ٤٢ ومابعدها.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
أولاً: المحور الأول : الثمن	٤٣
١- البيع والهبه	٤٣
٢- البيع والمقايضة	٤٤
٣- البيع وتقديم حصة فى شركة	٤٥
٤- البيع والوفاء بمقابل	٤٥
ثانياً: المحور الثانى : الشىء المبيع	٤٦
- البيع وعقد المقاولة	٤٧
- بيع شىء تحت التصنيع	٤٧
- بيع المفتاح فى اليد وبيع المنتجات فى اليد	٤٩
ثالثاً: المحور الثالث : نقل الملكية	٥٠
١- البيع والإيجار	٥٠
٢- البيع والقرض	٥٢
٣- البيع والعارية	٥٣
٤- بيع الوفاء	٥٤
٥- البيع والوديعة	٥٥
٦- البيع والوكالة	٥٦
- ملحق	٥٧
- خطة الدراسة	٥٨
القسم الأول **انعقاد عقد البيع**	٥٩
- عقد البيع ومبدأ سطان الإرادة	٦١
الباب الأول : أركان عقد البيع وشروط صحته	٦٩
الفصل الأول: التراضى	٦٩
المبحث الأول: وجود التراضى	٦٩
المطلب الأول: كيف يتم التراضى بوجه عام؟	٦٩
أولاً: الإيجاب والقبول	٦٩
١- الإيجاب فى عقد البيع	٧٠
٢- القبول فى عقد البيع	٧١
ثانياً: اقتران الإيجاب بالقبول	٧٤
١- القاعدة العامة فى زمان ومكان انعقاد عقد البيع	٧٥
أ- فى البيع بين حاضرين	٧٥
ب- فى البيع بين غائبين	٧٦
	٧٦

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة